

FUNDAMENTOS DE CONTRATACIÓN ESTATAL II, CONTRATO DE OBRA  
BAJO SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS FIJOS, SIN FORMULA DE AJUSTE,  
LA REALIZACIÓN DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA CULTURAL, EN  
TAMALAMEQUE, CESAR.

MARCELA ROJAS BEJARANO  
MAURICIO CARRILLO LOPEZ

**NOTA:**

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

FUNDAMENTOS DE CONTRATACIÓN ESTATAL II  
BOGOTÁ

2016

FUNDAMENTOS DE CONTRATACIÓN ESTATAL II, CONTRATO DE OBRA  
BAJO SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS FIJOS, SIN FORMULA DE AJUSTE,  
LA REALIZACIÓN DE OBRAS DE INFRAESTRUCTURA CULTURAL, EN  
TAMALAMEQUE, CESAR.

MARCELA ROJAS BEJARANO  
MAURICIO CARRILLO LOPEZ

TALLER, GRUPO 8

ERNESTO MATA LLANA CAMACHO – ABOGADO, ESPECIALISTA Y MAGISTER  
EN DERECHO PÚBLICO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

FUNDAMENTOS DE CONTRATACIÓN ESTATAL II  
BOGOTÁ  
2016

**TEMAS A TRATAR:**  
**QUÉ ES UN CONTRATO ESTATAL.**  
**QUÉ ES EL CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL.**  
**QUÉ ES UN CONTRATO DE OBRA.**  
**QUE ES UN CONTRATO DE OBRA A PRECIO GLOBAL.**  
**QUE ES UN CONTRATO DE OBRA A PRECIOS UNITARIOS FIJOS.**  
**QUÉ ES EL REGISTRO PRESUPUESTAL.**  
**QUÉ ES EL PLIEGO DE CONDICIONES.**  
**QUE SON LAS MAYORES CANTIDADES DE OBRA.**

“A partir del acto de adjudicación, en el evento en que se haya efectuado un procedimiento de selección de naturaleza concursal, o de la determinación de contratar con el oferente que haya presentado la mejor propuesta en los casos de contratación directa que prescinden de dicho procedimiento, se sigue entonces a la elaboración del contrato estatal”<sup>1</sup>.

### **QUÉ ES UN CONTRATO ESTATAL.**

Según definición de la ley 80 de 1993, se entiende por contrato estatal “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere este estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo se definen a continuación (...)”<sup>2</sup>.

### **QUÉ ES UN CONTRATO DE OBRA.**

Por definición 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”.<sup>3</sup>

### **QUE ES UN CONTRATO DE OBRA A PRECIO GLOBAL.**

Según el Consejo de estado: “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

---

<sup>1</sup>Expósito Vélez, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Pág. 23. Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. 2013.

<sup>2</sup>Art. 32 Ley 80 de 1993.

<sup>3</sup>Núm. 1. Art. 32 Ley 80 de 1993.

vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales.”<sup>4</sup>

### **QUE ES UN CONTRATO DE OBRA A PRECIOS UNITARIOS FIJOS.**

En los contratos por el sistema de precios unitarios, según el Consejo de Estado: “(...) 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 contrato.”<sup>5</sup>

### **QUE ES EL CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL (CDP)**

En la página WEB de la Agencia Nacional de Infraestructura se define como: “Es el documento expedido por el responsable de presupuesto, mediante el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible, libre de toda afectación presupuestal y suficiente para respaldar los actos administrativos con los cuales se ejecuta el presupuesto o se hace la apropiación presupuestal. La Subgerencia Administrativa y Financiera expide certificados de disponibilidad presupuestal, para respaldar compromisos, con un período de vigencia de 180 días, dentro de los cuales se debe iniciar trámite contractual, legalizar los contratos y perfeccionar estos compromisos mediante el registro”<sup>6</sup>.

### **QUÉ ES EL REGISTRO PRESUPUESTAL (CRP).**

En la página WEB de la Universidad de Santander, se define como: “Es la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso, garantizando que los recursos comprometidos no sean desviados a ningún otro fin”<sup>7</sup>.

### **QUÉ ES EL PLIEGO DE CONDICIONES.**

Según el Consejo de Estado son: “Los pliegos de condiciones son clara manifestación de los principios de planeación, transparencia, selección objetiva y de igualdad, ya que en ellos es obligación de la administración establecer reglas y procedimientos claros y justos, que permitan la mejor escogencia del contratista con arreglo a las necesidades públicas y el interés general”<sup>8</sup>.

<sup>4</sup>CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)

<sup>5</sup>CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)

<sup>6</sup>Portal WEB AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA.

<sup>7</sup>Concepto extraído página WEB Universidad Industrial de Santander.

<sup>8</sup>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642)

## QUE SON LAS MAYORES CANTIDADES DE OBRA.

Se refiere a aquellas obras, que pese a ser contratadas, durante la ejecución del contrato sobrepasan la cantidad estimada inicialmente, requiriendo una prolongación de la prestación, circunstancia que no constituye modificación al objeto contractual, pero que en algunos casos requiere de la realización de contratos adicionales o de restablecer la ecuación contractual<sup>9</sup>.

## DESARROLLO DEL TALLER.

En las licitaciones públicas que adjudicaron contrato de obra pública de más de mil millones de pesos y repartidas por grupos, para este segundo taller cada grupo deberá realizar la siguiente evaluación:

### 1. Evaluar el registro presupuestal como un requisito establecido en el artículo 2.2.1.1.2.3.1 del decreto 1082 de 2015.

**Respuesta:** De conformidad con la norma citada en la pregunta, el registro presupuestal se erige como un requisito para la ejecución del contrato estatal.

Esta conclusión encuentra respaldo en los diversos pronunciamientos del Consejo de Estado, que varió la jurisprudencia que en ese sentido había fijado esa Corporación al considerar, inicialmente, que el registro presupuestal se refería a un requisito de perfeccionamiento del contrato, postura que se transformó paulatinamente hasta unificar la jurisprudencia y determinar que dicho registro (CRP), es requisito de ejecución del contrato<sup>10</sup>.

<sup>9</sup>Definición de acuerdo a lo visto en clase con el Dr. Ernesto Matallana Camacho.

<sup>10</sup>En relación con el perfeccionamiento de los contratos estatales (...) la jurisprudencia de esta Corporación, de forma variable, ha sostenido dos tesis, ambas en vigencia de la Ley 80 de 1993. La primera (...) afirmó que el perfeccionamiento del contrato exigía, además del escrito contenido del acuerdo contractual, la existencia del respectivo registro presupuestal (...) Y la segunda, (...) señaló que para perfeccionar un contrato estatal bastaba cumplir los requisitos dispuestos en el primer inciso del artículo 41 de la ley 80, esto es: acordar el objeto y la contraprestación y elevarlo a escrito. La discusión procedía de la lectura del art. 41 de la Ley 80, concordado con el 71 del Decreto 111 de 1996. (...) Hasta 1996 esta disposición no ofreció complejidad - porque estaba claro cómo se perfeccionaba el contrato estatal-, pero con el Decreto 111 de 1996 -norma que compiló el estatuto presupuestal, disperso en varias leyes- el tema se hizo difícil, pues para muchos operadores jurídicos el art. 71 modificó el art. 41 de la Ley 80, creando un requisito de perfeccionamiento de los contratos. Sin embargo, no es correcta aquella posición que señalaba que el art. 41 fue modificado por el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 -que estableció que los actos administrativos que involucren gastos se perfeccionan con el registro presupuestal -, porque, de un lado, se refiere al perfeccionamiento de los "actos administrativos" -inciso primero-, no al de los contratos estatales, de allí que no es pertinente aplicarla a una institución o figura completamente distinta, como es la contratación estatal. En efecto, los contratos estatales no son actos administrativos, por esta razón la norma no le aplicaba. En tal sentido, un acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad, amén de las otras características, al paso que los contratos son, por definición, actos bilaterales, de manera que por este sólo presupuesto falla la identificación de estas dos formas de manifestación de la voluntad de la administración. De otro lado, la ley 80 reguló de forma especial el tema del perfeccionamiento del contrato estatal, de modo que existiendo requisitos propios y autónomos, no se explica la razón por la cual se acude a otra normativa para exigir elementos extraños a dicho estatuto. (...) a manera de tercer argumento -hoy más evidente y claro que antes-, con la vigencia de la ley 1150 de 2007 el

En el caso concreto de la minuta de contrato que nos correspondió analizar, consideramos que se cumplió con este presupuesto, comoquiera que en la cláusula segunda en la que se determinó el valor del contrato, se estableció en el párrafo primero que las erogaciones derivadas del contrato se pagarían con cargo al presupuesto del Ministerio de Cultura durante la vigencia del año 2015 según apropiación presupuestal de acuerdo con el certificado de disponibilidad presupuestal No. CDP 307815 y para la vigencia del año 2016, aprobación de vigencias futuras, según autorización de cupo de vigencias futuras otorgada por el Ministerio de Hacienda, según oficio No. 2-2015-042767, documentos que obran como anexos al contrato. Así mismo, en la cláusula séptima del contrato, se fijó el plazo para la ejecución del contrato en ocho (8) meses, previo el cumplimiento de los requisitos de ejecución. En efecto, en la cláusula décima, se pactó como requisitos de ejecución la presentación y aprobación de la garantía única de cumplimiento y la disponibilidad y registro presupuestal

(COMENTARIO: DE TODAS MANERAS LES RECUERDO QUE EN CALSE SE SOSTUVO INCLUSO QUE EL DECRETO REGLAMENTARIO PUEDE ESTAR AVANZANDO HACIA CONVERTIR EL REGISTRO PRESUPUESTAL EN UNA OBLIGACION CONTRACTUAL MAS).

<b>SIIF</b> Nación	Reporte Compromiso Presupuestal de Gasto Comprobante		Usuario Solicitante: Mijpardo	JOSE NESTOR PARDO SARAY						
			Unidad ó Subunidad Ejecutora Solicitante: 33-01-01	MINISTERIO DE CULTURA - GESTION						
		Fecha y Hora Sistema: 2015-12-29-6:15 p. m.								
<b>REGISTRO PRESUPUESTAL DEL COMPROMISO</b>										
Con base en el CDP No: 307815 de fecha 2015-09-22. Se hizo el registro presupuestal con el siguiente detalle										
Numero:	876815	Fecha Registro:	2015-12-29	Unidad y Subunidad Ejecutora:						
Vigencia Presupuestal	Actual	Estado:	Generado	33-01-01 MINISTERIO DE CULTURA - GESTION GENERAL						
Valor Inicial:	760.000.000,00	Valor Total Operaciones:		Tipo de Moneda: COP-Pesos						
				Tasa de Cambio: 0,00						
				Valor Actual: 760.000.000,00 Saldo x Obligar: 760.000.000,00						
TERCERO ORIGINAL										
Identificación: NIT	900921076	Razon Social:	CONSORCIO CULTURAL 2016	Medio de Pago: Giro <input checked="" type="checkbox"/>						
CUENTA BANCARIA										
Numero:		Banco:		Tipo: Estado:						
ORDENADOR DEL GASTO										
Identificación:	79627790	Nombre:	ENZO RAFAEL ARIZA AYALA	Cargo: SECRETARIO GENERAL						
DOCUMENTO SOPORTE										
Identificación:		Fecha de Registro:		Numero: 3021 Tipo: CONTRATO DE OBRA Fecha: 2015-12-29						
ITEM PARA AFECTACION DE GASTO										
DEPENDENCIA	POSICION CATALOGO DE GASTO	FUENTE	RECURSOS ECUSO	SITUAC	FECHA OPERACION	VALOR INICIAL	VALOR OPERACION	VALOR ACTUAL	SALDO X OBLIGAR	
018 Grupo de Infraestructura	C-11-1033-1 CONSTRUCCION ADECUACION, MANTENIMIENTO, RESTAURACION Y DOTACION DE CENTROS CULTURALES A NIVEL TERRITORIAL	Nación	10	CSF		760.000.000,00				
Total:						760.000.000,00		760.000.000,00	760.000.000,00	
Objeto: EL CONTRATISTA SE COMPROMETE CON EL MINISTERIO A REALIZAR LAS OBRAS DE INFRAESTRUCTURA CULTURAL EN EL MUNICIPIO DE TAMALAMEQUE DPO DEL CESAR										
PLAN DE PAGOS										
DEPENDENCIA DE AFECTACION DE PAG	POSICION DEL CATALOGO DE PAG	FECHA	VALOR A PAGAR	SALDO POR OBLIGAR	LINEA DE PAGO					
000	MINCULTURA Gestión General	3-8	CNC - INVERSION ORDINARIA NACION CSF	2015-12-30	760.000.000,00	760.000.000,00	NINGUNO			
FIRMAS RESPONSABLES										

servicios profesionales sub iudice, efectivamente disponía que los requisitos de perfeccionamiento, que son

Ilustración 1: Certificado registro presupuestal. Anexo minuta del contrato.

juridicos de las autoridades se reputan perfectos cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y éste se eleva a escrito. (...) la Sala mantiene la tesis vigente, que proviene de la lectura del art. 41 original de la Ley 80 de 1993, e inclusive de su reforma. (...) [E]l registro presupuestal no es requisito de perfeccionamiento de los contratos, sino de ejecución, de manera que no se necesitan más explicaciones para entender por qué no se comparte el análisis del tribunal, así que se remite al estudio realizado sobre los arts. 41 de la Ley 80 de 1993 y 71 del Decreto 111 de 1996." CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Subsección C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación: 05001-23-31-000-1998-01350-01 (28.565).

Al tenor del 2.2.1.1.2.3.1 del decreto 1082 de 2015., que a la letra reza:“De los requisitos de perfeccionamiento, ejecución y pago. En el Cronograma, la Entidad Estatal debe señalar el plazo para la celebración del contrato, para el registro presupuestal, la publicación en el SECOP y para el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones para el perfeccionamiento, la ejecución y el pago del contrato.”<sup>11</sup>, al revisar la minuta que nos correspondió analizar, efectivamente se cumplieron con los requisitos de ejecución, comoquiera que inicialmente se acreditó la disponibilidad presupuestal y, para efectos de la ejecución del contrato, se incorporó el documento que determina de manera clara y coherente el registro presupuestal necesario para la ejecución del contrato.

**2. Revisar en las cláusulas de la minuta del contrato si se pactó la cláusula “DOCUMENTOS”, si se pactó, establecer si se estableció la prevalencia de los documentos del contrato y confrontar si se estableció la prevalencia de los pliegos de condiciones de acuerdo con la sentencia dada en clase.**

**Respuesta:**Revisada la minuta, efectivamente en la cláusula décima primera se pactó la cláusula de “**documentos del contrato**”, en la que se indicó que para todos los efectos hacen parte integral del contrato, los siguientes documentos, entre otros, a). La propuesta presentada por el contratista y, el pliego de condiciones, que en este caso se refiere a la licitación pública No. 013 de 2015. (Negrillas fuera del texto).

Dentro del texto de la minuta del contrato no aparece en forma expresa que se haya acordado la prevalencia de los documentos del contrato, por el contrario, a lo largo del clausulado se hace referencia al contenido del pliego de condiciones. Por otra parte, de manera expresa tampoco se pactó la prevalencia de los pliegos de condiciones en relación con el contrato, no obstante lo anterior, consideramos de conformidad con lo explicado y analizado en clase, que siempre que exista discrepancia de criterios o de interpretación del clausulado, debe primar o prevalecer el contenido del pliego de condiciones, plegándose en este sentido, a las jurisprudencias del Consejo de Estado<sup>12</sup> que así lo han decantado, motivo por

<sup>11</sup>Texto extraído del decreto 1082 de 2015 que publicó en su página WEB la Dirección Nacional de Planeación.

<sup>12</sup>El pliego de condiciones, los términos de referencia o las bases de la contratación directa, según el caso, constituyen los documentos en los cuales se encuentran contenidas tanto las condiciones para que los proponentes formulen sus ofertas, como aquellas reglas bajo las cuales se ejecutará el contrato. Es por esto que el pliego de condiciones -incluyendo sus adendas, cuando ellas son procedentes-, con sujeción al cual deben formularse las ofertas y realizarse la adjudicación, se erige en la ley del contrato, del cual, en rigor, aquel forma parte integral e inescindible, cuestión que pone en evidencia que dicho contrato se encuentra condicionado y permeado plenamente por el procedimiento administrativo previo que determinó su celebración y, especialmente, por las bases de la licitación o del concurso que le dieron origen, bases y condiciones que no se podrán desconocer, modificar o variar, sino acaso complementar para una mayor claridad y precisión del alcance del contrato y de los derechos y obligaciones de las partes. En este contexto, resulta indudable que el respectivo pliego de condiciones forma parte integrante del contrato mismo que finalmente celebran y ejecutan las partes contratantes. A lo anterior se agrega que en reciente pronunciamiento la Sala, a la vez que ratificó, una vez más, que el pliego de condiciones hace parte del contrato mismo, también hizo una nueva e importante consideración acerca de la naturaleza jurídica del pliego en el sentido de que ese acto se convierte en clausulado del contrato. Las orientaciones jurisprudenciales

el cual la prevalencia del pliego de condiciones no requiere ser incluido como una cláusula especial del contrato, sino que efectivamente por rigor legal, constitucional y jurisprudencial<sup>13</sup> dicho pliego ha de gozar de preferencia respecto

---

precedentes permiten concluir que el verdadero contenido y alcance de las prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las partes, se obtiene no solo del contrato formalizado entre ellas, sino fundamentalmente del pliego de condiciones, de los términos de referencia o de las bases de la contratación directa. En efecto, el pliego de condiciones tiene una doble e importante finalidad: de una parte constituye el fundamento de la oferta presentada por el contratista, quien debe acogerse estrictamente a sus reglas para proponer los costos del proyecto, los plazos de su ejecución, pero también, como resulta obvio, para calcular su utilidad o remuneración que, en últimas constituye el móvil que lo lleva a contratar y, de otra, en él se encuentran inmersas las condiciones de la futura contratación, toda vez que muchas de sus precisiones y previsiones se convierten en verdaderas cláusulas contractuales, las cuales permiten determinar los aspectos que llevaron a las partes a formalizar el acuerdo de voluntades y, sobre todo, han de ser útiles al momento de establecer el alcance de sus obligaciones o prestaciones, incluyendo los aspectos de índole técnico, económico y financiero. Así las cosas, tanto el pliego de condiciones como la propuesta del contratista constituyen documentos esenciales e indispensables para establecer en qué términos quedó pactada la ecuación económica contractual, es decir, en qué condiciones y alcances se pactó la equivalencia entre derechos y obligaciones de las partes, pues sólo a partir de su conocimiento es posible determinar si durante su ejecución la economía del contrato sufrió variaciones, como consecuencia de la modificación de sus presupuestos y de esta manera acudir a su restablecimiento. CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02098-01(15475).

<sup>13</sup>El pliego es el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por lo tanto, se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual de la administración pública; por consiguiente, todo su contenido es obligatorio para las partes, al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo. En otros términos, entre una discrepancia y divergencia entre el pliego de condiciones y el contrato, prevalecerá aquél sobre este último. **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto, esta Sala ha puntualizado: “La Sala ha considerado que el pliego es la ley del contrato y, que frente a una contradicción entre el pliego y el contrato, habrá de prevalecer aquél; el pliego, según la jurisprudencia, contiene derechos y obligaciones de los futuros contratantes, quienes no pueden modificar libremente sus disposiciones del pliego en el contrato que han de celebrar. Ahora bien, para precisar el alcance de esta orientación jurisprudencial, conviene tener en cuenta que, en el pliego de condiciones, se distinguen dos grupos normativos: los que rigen el procedimiento de selección del contratista y los que fijan el contenido del contrato que habrá de suscribirse. Respecto del primero la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara, a su arbitrio, las reglas de la selección. En relación con el segundo grupo, es decir con las normas que establecen las disposiciones jurídico negociales del contrato a celebrarse, la intangibilidad del pliego garantiza la efectividad de los derechos y obligaciones previstos para los futuros co-contratantes. Por tanto, no es procedente modificar ilimitadamente el pliego, mediante la celebración de un contrato que contenga cláusulas ajenas a las previstas en aquél, porque ello comporta una vulneración de las facultades y derechos generados en favor de los sujetos que participan en el procedimiento de selección del contratista: oferentes y entidad. Dicho en otras palabras, la regla general es que adjudicatario y entidad se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, incluso respecto del contenido del contrato que han de celebrar, porque el mismo rige no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también los elementos del contrato que ha de celebrarse. Sin embargo, es posible que, con posterioridad a la adjudicación del contrato, se presenten situaciones sobrevinientes, que hagan necesaria la modificación de las cláusulas del contrato, definidas en el pliego. En estos eventos las partes podrían modificar el contenido del contrato, predeterminado en el pliego, siempre que se pruebe la existencia del hecho o acto sobreviniente, que el mismo no sea imputable a las partes y que la modificación no resulte violatoria de los principios que rigen la licitación, ni los derechos generados en favor de la entidad y el adjudicatario.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 10779, M.P. Alier E. Hernández Enríquez y consultar de la Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, exp. 17366.” (CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642).



a lo acordado en el contrato. Sin embargo, en el numeral 1.10 del pliego de condiciones definitivo, se determinó la aceptación e interpretación de dichas condiciones, las que se entendieron aceptadas y entendidas por el contrato con la sola presentación de la oferta, además, se indicó que todos los documentos y las condiciones del pliego se entenderían analizarían, estudiarían e interpretarían como un solo conjunto, es decir, que su interpretación no puede hacerse en forma aislada o insular, si no que todo el contrato, sus documentos y el pliego de condiciones se entienden como un solo conjunto, tal como lo ha señalado la jurisprudencia.

**3. Evaluar en la minuta del contrato si se pactó en las cláusulas del contrato si hay un tratamiento de las mayores cantidades de obra que se pagan con acta de obra adicionales respaldadas por certificados de disponibilidad presupuestal, y si se consagró el manejo de las obras no previstas para ser reconocidas a través de la suscripción de contratos adicionales.**

**Respuesta:** En el contrato que nos correspondió revisar y analizar para desarrollar el taller, consideramos que en forma expresa no se pactó el tratamiento de las mayores cantidades de obra, no obstante, por tratarse de un contrato de obra bajo el sistema de precios unitarios, como lo ha explicado la jurisprudencia del Consejo de Estado, 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 (...)”<sup>14</sup> (Negrillas fuera del texto), si se presentan tal situación, previa autorización de la entidad, debe proceder a su pago.

Se advierte que en la minuta en varios de sus apartes, como por ejemplo, en el numeral 7 del párrafo segundo de la cláusula cuarta, se señaló que en caso de adiciones las mismas no tendrían pago de anticipo; en el numeral 5 del párrafo tercero de la misma cláusula, se estipuló que los todos los criterios señalados en ese acuerdo se tendría en cuenta para la aprobación de precios no previstos y en el numeral 31 del mismo párrafo y cláusula, se refirió que en caso de requerirse ítems no contemplados, estos deberán estar previamente aprobados por el interventor y el contratante; en la cláusula décima séptima se expresó que cualquier modificación, adición o prórroga que se haga al contrato debe constar por escrito.

---

<sup>14</sup>CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)

Así mismo, consideramos que por la prevalencia del pliego de condiciones sobre las cláusulas del contrato y de acuerdo a lo dicho en precedencia, en el pliego si se determinó en el ANEXO UNO (1) –CARACTERISTICAS Y CONDICIONES TÉCNICAS- en el numeral 12, que la entidad recibirá los trabajos terminados y que a juicio del supervisor cumplan con los requisitos del contrato, a su vez, en el numeral 13 se determinó que el supervisor tendrá autoridad para rechazar o no aceptar para el pago, entre otros ítems, los que no hayan sido incluidos en el programa de trabajo.

Además, se indicó en dicho anexo, que todo trabajo que exceda lo solicitado por el Ministerio no será pagado, y que en ningún caso el exceso no autorizado daría lugar a la aceptación para el pago de mayores cantidades, finalmente, en el numeral 15, se señaló que toda modificación que surja durante la ejecución que implique cambios en su valor y/o plazo, requerirá suscripción de una adición y/o prórroga, previa firma del acta respectiva entre el contratista y el interventor, con la respectiva justificación y soportes.

Como puede apreciarse, si bien expresamente no se señaló el tratamiento de las mayores cantidades de obra por la naturaleza misma del contrato suscrito, se concluye que el manejo de la mayor cantidad de obras, solamente está sujeta a la aprobación por escrito de la entidad contratante, previa información del interventor de la obra.

En el contrato de forma expresa tampoco se acordó la forma de pago con actas de obra adicionales con la exigencia de disponibilidad presupuestal, insistiendo, eso sí, que el manejo que se hace a eventos no previstos en el contrato quedarían sujetos a la previa aprobación de la entidad contratante, comoquiera que de no existir esa autorización, estimamos que el contratista deberá acudir a la jurisdicción para reclamar tales pagos, acorde con lo señalado por el Consejo de Estado<sup>15</sup>.

#### **4. Revisar en la minuta del contrato de obra si se pactó un plazo para pagar las obligaciones contractuales por parte del Estado y si se fijaron intereses moratorios.**

**Respuesta:** Una vez analizado el contenido del Contrato de Obra No. 3021/13

---

<sup>15</sup>CONSEJO DE ESTADO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).“(…) 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.(…) En el sub lite la forma de pago del contrato se pactó por el sistema de precios unitarios, definición que según la jurisprudencia implica que si para lograr el fin o el objeto contractual se requiere adelantar una serie de actividades complementarias no previstas en el contrato, éstas deben ser desarrolladas y remuneradas partiendo de los precios unitarios previamente determinados.”

celebrado entre en Ministerio de Cultura y el Consorcio Cultural 2016, podemos observar dos aspectos en cuanto al plazo para pagar las obligaciones contractuales por parte del Estado. Veamos:

En primer lugar, en la cláusula segunda: valor del contrato, se indicaron aspectos relacionados con la moneda, impuestos de ley, obligaciones de carácter tributario incluidos en el valor total del contrato, y erogaciones derivadas del contrato con cargo al presupuesto del Ministerio en la vigencia 2015 según apropiación presupuestal por valor de \$760.000.000 y vigencias futuras 2016 aprobadas por el Ministerio de hacienda y Crédito Público por valor de \$807.182.163. Asimismo, en la cláusula tercera: Forma de pago, se acordaron pagos por el 90% por cada acta mensual de obra previa certificación de cumplimiento por parte del supervisor y presentación de la respectiva factura y el otro 10% previa acta de liquidación y recibo a satisfacción por parte del Ministerio. Adicionalmente, se pactó la entrega del soporte del pago actualizado al sistema de seguridad social.

En las anteriores cláusulas relativas al valor y forma de pago no se estableció un plazo para el pago de las facturas allegadas por el contratista por concepto de acta mensual de obra, como tampoco intereses moratorios derivados del incumplimiento del mismo.

En segundo lugar, si se trata del pago del anticipo de que trata la cláusula cuarta por valor de \$760.000.000 este pago quedo condicionado al cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento, legalización y constitución de la fiducia o patrimonio autónomo, previa radicación de la cuenta de cobro y disponibilidad de PAC. Es claro, que en este caso si existe un plazo determinable que se cumple en el momento que el contratista cumpla con estos requerimientos. Plazo que en caso de no ser cumplido por parte de la entidad dará lugar al pago de intereses moratorios a favor del contratista. Así lo ha expresado el Consejo de Estado,<sup>16</sup> mediante pronunciamiento emitido por la Sección Tercera al señalar que es evidente que el contratista tiene derecho a recibir en la oportunidad pactada el anticipo y, si la entidad estatal no lo entrega en el término o plazo cierto consagrado en el contrato, de suyo, incurre en mora y, por su virtud, se generan y causan los intereses moratorios. En otras palabras, señala:

*“(...) mientras no se satisfaga el pago -o la entrega- del anticipo, la demora en la entrega del mismo, representa cabalmente un caso de incumplimiento de la obligación de entregarlo respecto del tiempo. Ese caso omiso en el cumplimiento de su entrega en la fecha pactada, el retardo en la ejecución de un compromiso contractual, permiten concluir que si la administración incumple el compromiso contractual de entregar el valor que ha prometido al contratista en anticipo, para los fines que ya también han sido precisados\*,*

<sup>16</sup>CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA 5/07/2006. EXP. 24812. MP. RUTH STELLA CORREA PALACIO. En conclusión, los intereses de mora se deben en virtud de la ley, ante el incumplimiento del deudor de la obligación principal contraída y la entrega del anticipo en una relación contractual con el Estado, así se estén entregando dineros públicos y antes de la iniciación del contrato, no se libera de ser cumplida en la fecha convenida, ni libera a la entidad contratante incumplida responda por la sanción prevista, en este caso, los intereses de mora (...)

*está facultado el contratista, en su condición de acreedor de una prestación que no le ha sido cumplida, a reclamar los intereses que la mora genera, la cual ocurre y se debe en virtud de la ley\*\*, y de cobrarlos ejecutivamente, si la administración se niega su reconocimiento.\*\*\* “*

**5. Revisar en la minuta del contrato de obra si se pactó anticipo o pago anticipado y establecer las consecuencias en caso que se hubiera pactado pago anticipado en fraude al artículo 91 de la ley 1474 de 2011.**

**Respuesta:** En la cláusula cuarta del contrato objeto de estudio se acordó el pago de un anticipo por valor de \$760.000.000, valor que no excede el 50% del valor del contrato. En este caso, el procedimiento se fijó de acuerdo con el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, el cual establece la obligación por parte del contratista de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable en una entidad autorizada por la Superintendencia Financiera para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato. Dejando claro que el costo de la comisión fiduciaria sería cubierto directamente por el contratista y que la información financiera y contable de la fiducia podría ser consultada por los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal, así como, por el Ministerio.

Para la constitución de la fiducia o patrimonio autónomo irrevocable se establecieron las siguientes reglas:

en cuenta como mínimo las siguientes reglas: **1.** El anticipo únicamente deberá destinarse para el pago de MATERIALES, MAQUINARIA, HERRAMIENTAS, TRANSPORTE DE MATERIALES AL SITIO DE OBRA Y MANO DE OBRA (EXCEPTUANDO CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PERSONALES), necesarios para la ejecución de la obra, objeto del presente contrato. **2.** Cualquier giro o movimiento que se realice en la fiducia o patrimonio autónomo, deberá ser autorizado previamente por el INTERVENTOR. **3.** La fiducia o patrimonio autónomo deberá realizar los giros directamente a los proveedores de los insumos (materiales), a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la presentación ante la fiduciaria, por parte del **CONTRATISTA**, de la factura correspondiente, elaborada por parte del proveedor, las cuales debe estar debidamente aprobada por el INTERVENTOR. Copia de los anteriores documentos aprobados por el INTERVENTOR deberán ser presentados por el **CONTRATISTA** en el siguiente informe que se genere, posterior a su aprobación. **4.** Una vez constituida la fiducia o el patrimonio autónomo y entregados los recursos del anticipo, la misma será irrevocable, salvo autorización expresa y por escrito por parte del ordenador del gasto delegado por el Ministerio. **5.** El término de la duración de la fiducia o encargo fiduciario será hasta máximo el 50% del plazo inicial del contrato, término dentro del cual el **CONTRATISTA** deberá utilizar la totalidad de los recursos que reciba a título de anticipo. **6.** A la terminación del encargo fiduciario o del patrimonio autónomo la fiduciaria deberá devolver al Ministerio los rendimientos que se hubieren generado de los recursos que integren el encargo, los cuales se deben consignar a la cuenta N° 61011094 de la DIRECCIÓN DEL TESORO NACIONAL – RENDIMIENTOS FINANCIEROS. En la consignación se debe señalar que corresponde a rendimientos financieros del contrato de Obra suscrito en entre el Ministerio de Cultura y el contratista, código Ministerio de Cultura 328. **7.** En caso de presentarse adiciones, las mismas no tendrán anticipo, excepto que en el documento constitutivo de la adición se establezca lo contrario. **8.** El costo de la comisión de la fiducia o patrimonio autónomo será cubierto directamente por el contratista y no podrá ser descontado de los recursos entregados a título de anticipo. **9.** De acuerdo con lo establecido en el

artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, la información financiera y contable de la fiducia podrá ser consultada por los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal, como también por el Ministerio. **10.** Entiéndase como fideicomitente el **CONTRATISTA**, FIDUCIARIO la sociedad fiduciaria autorizada para funcionar como tal por la Superintendencia Financiera y el beneficiario el Ministerio de Cultura y los proveedores del CONTRATISTA en desarrollo del presente contrato. **11.** En los demás aspectos relativos al manejo de la fiducia, se tendrá en cuenta lo establecido en el Libro Cuarto, Título XI del Código de Comercio, como también las demás normas que lo adicionen, modifiquen, sustituyan o complementen. En ningún caso la suma del anticipo podrá superar el cincuenta por ciento (50%) del valor total del contrato. **PARÁGRAFO TERCERO: EL CONTRATISTA** de manera expresa reconoce y acepta la forma de pago aquí pactada. **QUINTA. OBLIGACIONES**

Así las cosas, como ya se indicó dentro del contrato se acordó un anticipo cuyo valor encuentra sustento legal en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en los siguientes términos: 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. Para el caso concreto, el anticipo se pactó conforme a las reglas que establece la ley para el efecto. Adicionalmente, es importante tener en cuenta que la facultad para el pago de anticipos de acuerdo con el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, se encuentra dirigida, entre otros, para los contratos de obra bajo unas condiciones especiales, esto es, constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía.

La ley no señala la facultad de pago anticipado en los contratos de obra, ello, por tratarse de una forma de pago propia de los contratos de ejecución instantánea. En este caso, los dineros entran a formar parte del patrimonio del contratista, así como sus frutos y rendimientos, por lo tanto, la destinación e inversión de los recursos es de la voluntad del contratista, la entidad no controla esa inversión, es decir, el contratista puede disponer de ellos según su conveniencia. El pago anticipado, hace parte del precio pactado en el contrato y con su entrega, se extingue la obligación parcial a cargo de la entidad contratante por concepto de ese pago.<sup>17</sup>

En el evento de haberse pactado un pago anticipado en el contrato de obra, se

<sup>17</sup>SENTENCIA CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN III. MP: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ. RAD. 36878. 7/09/2015. "...puesto que mientras el anticipo se entrega al contratista para que éste invierta en la ejecución del contrato y por ello no ingresa al patrimonio del contratista, sino que sigue perteneciendo a la entidad que lo gira, el pago anticipado, es simplemente la remuneración entregada antes de que se cumplan las obligaciones contractuales del contratista, de modo que puede ser gastada por éste sin ninguna limitación"

Incurriría en celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales, al tenor del artículo 410 de la Ley 599 de 2000, **Contrato sin cumplimiento de requisitos legales**, según el cual, el servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

Para el caso concreto, por tratarse de un tipo penal en blanco, cuya aplicación requiere que su supuesto de hecho se encuentre expresamente señalado en otras normas, es necesario remitirse al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, adoptado mediante Ley 80 de 1993 y normas que la desarrollan, donde se precisan los requisitos legales esenciales para la celebración de los contratos estatales. En este sentido el interés jurídico tutelado en el tipo penal de “contrato sin cumplimiento de requisitos legales” es el principio de legalidad en la contratación administrativa, por la omisión en la etapa precontractual de los requisitos propios que rigen la contratación estatal.

En efecto, cuando se habla de cumplir con requisitos propios de la contratación estatal se hace referencia al acatamiento de los principios de planeación, economía, responsabilidad, transparencia y el deber de selección objetiva, establecidos en la ley 80 de 1993 y disposiciones que la desarrollan y reglamentan, por tratarse de mandatos improrrogables, imperativos, innegociables e inderogables. Así como de aquellos que rigen la función administrativa.

En conclusión, para determinar la forma de pago en un contrato, bien sea pago anticipado o anticipo, es necesario conocer la naturaleza del mismo, puesto que, si se trata de un contrato de ejecución instantánea como el de compraventa, se podrá realizar pago anticipado, en estos casos el contratista podrá invertir o disponer del pago realizado a su conveniencia, dado que, se extingue la obligación con la entrega del bien. No es así, en los contratos de ejecución sucesiva como los de obra civil, arrendamientos, etc., donde se pactan anticipos, por tratarse de obligaciones que se cumplen periódicamente, donde se requiere de la vigilancia y control de la inversión de los pagos que se realicen al contratista por este concepto.

Así mismo, consideramos que otra de la posible consecuencia sería la de incurrirse en faltas disciplinarias como las consagradas en los numerales 1, 3, 30 y 31 del art. 48 del Código Único Disciplinario y que ha desarrollado ampliamente las investigaciones y sanciones proferidas por la Procuraduría General de la Nación, así como consecuencias derivadas de responsabilidad fiscal por el posible detrimento patrimonial del Estado, ya que a pese a exigirse legalmente la constitución de garantía para respaldar el pago anticipado, en el evento de que

dicha garantía sea insuficiente o no se encuentre conforme a la ley, la recuperación del pago anticipado podría comprometerse y afectarse gravemente el erario público.

**6. El grupo deberá obtener del portal [www.colombiacompra.gov.co](http://www.colombiacompra.gov.co) una minuta de un contrato de consultoría o interventoría de un concurso de méritos adjudicado en 2016 y máximo en el segundo semestre de 2015 y procederá a evaluar si tiene o no incluido dentro de su clausulado las cláusulas excepcionales al derecho común. Deberá analizar su inclusión o no y las consecuencias jurídicas de lo que detecte en la minuta analizada.**

**Respuesta:** Para resolver este punto es importante analizar el concepto de cláusulas excepcionales y sus definiciones.

Pues bien, el artículo numeral 2 del 14 de la Ley 80 de 1993, le confiere potestades a la administración para establecer cláusulas excepcionales como herramienta que le permita resolver eventuales situaciones que afecten el cumplimiento del objeto contractual y los fines de la contratación al celebrar un contrato, sin acudir a instancias judiciales.

Estas cláusulas denominadas del derecho común podrán fijarse 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 y ha dejado como facultativa su inclusión en los contratos de suministro y de prestación de servicios. Adicionalmente, la ley contempla la cláusula de reversión para los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado

Las cláusulas excepcionales están prohibidas en los siguientes casos: En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2 del citado artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales.

Son cláusulas excepcionales al derecho común: interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral, sometimiento a las leyes nacionales y caducidad.

**Interpretación Unilateral:** De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 80 de 1993 es un mecanismo para resolver discrepancias que surjan entre las partes sobre la interpretación de lo establecido en el contrato y que conduzcan a la paralización o a la afectación grave del servicio público, si no se logra acuerdo, la administración



podrá mediante en acto administrativo motivado, interpretar las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.

**Modificación Unilateral.** Según el artículo 16 de la Ley 80 de 1993 se trata de una facultad de la administración para introducir variaciones en el contrato cuando fuese necesario y las partes no llegan a un acuerdo, y a fin de evitar la paralización o la afectación grave del servicio público. Dichas modificaciones se realizarán mediante acto administrativo motivado.

Cuando las modificaciones alteren el valor del contrato en 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.

**Terminación Unilateral.** El artículo 17 de la Ley 80 de 1993 señala las siguientes causales para la terminación unilateral del contrato por parte de la entidad que deberá efectuarse mediante acto administrativo debidamente motivado donde dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes casos:

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 de declaración de quiebra del contratista.
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.

**Caducidad:** De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la caducidad opera en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y que lleve a la paralización. La declaratoria de caducidad no impide que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se

le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar. En caso de declaratoria de caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, se le aplicaran las sanciones e inhabilidades previstas en la ley y será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

Si la entidad no declara la caducidad del contrato deberá adoptar las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado.

**Reversión:** Según el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, ésta cláusula se pacta en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales con el objeto de que al término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

El contrato a estudiar en este punto es de consultoría cuyo objeto es el siguiente:

**CONTRATO DE CONSULTORIA N° 08-3-16165-2015, CELEBRADO ENTRE LA DIRECCION DE BIENESTAR SOCIAL NIT: 830.042.321-0Y AL CONSORCIO CARTAGENA 2015 CON NIT. No. 900.843.786-2, CUYO OBJETO ES LA CONSULTORIA PARA LOS ESTUDIOS TÉCNICOS Y DISEÑOS DETALLADOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA PRIMERA ETAPA DEL COLEGIO CARTAGENA, INCLUYE SOLICITUD, TRAMITE Y ENTREGA DE LA LIQUIDACIÓN DE EXPENSAS DE LAS LICENCIAS DE RECONOCIMIENTO, DEMOLICION Y OBRA NUEVA, AMBIENTAL Y/O DEMAS PERMISOS QUE SE REQUIERAN PARA LA EJECUCION DE LAS OBRAS, AL IGUAL QUE EL RECONOCIMIENTO ARQUITECTÓNICO DE LAS EDIFICACIONES EXISTENTES.**

Una vez revisado el contrato podemos observar que se incluyeron las siguientes cláusulas excepcionales, con los alcances y consecuencias antes mencionados:

- En la cláusula DÉCIMA SÉPTIMA.- CADUCIDAD ADMINISTRATIVA, se estableció la cláusula de caducidad del contrato.
- En la cláusula DÉCIMA OCTAVA.- FACULTADES EXCEPCIONALES, se establecieron las cláusulas de interpretación unilateral, modificación unilateral y terminación unilateral del contrato.

Podemos concluir que en este caso la Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional al incluir cláusulas excepcionales de terminación, modificación e interpretación unilateral y caducidad, en el contrato de consultoría, va en contravía de lo establecido en el artículo 14 de la ley 80 de 1993 donde expresamente no las autoriza para ese tipo de contratos. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 30832,<sup>18</sup> señala lo

<sup>18</sup>En el primer grupo se encuentran los contratos en los cuales las cláusulas excepcionales se tienen que pactar, es decir que son legalmente obligatorias, razón por la cual, si no se incluyen, se entienden pactadas; - son las denominadas 'cláusulas virtuales'. Los contratos que pertenecen a este grupo son: el de obra, los que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal. Al segundo grupo pertenecen los contratos en los cuales se

siguiente: *“En este contexto, y por exclusión, surge un cuarto grupo, constituido por todos aquellos negocios jurídicos que no pertenecen a ninguno de los grupos anteriores. Tal es el caso del contrato de consultoría, de comodato, de leasing, etc., los cuales no están incluidos en ninguno de los tres grupos a que alude expresamente la ley, de manera que, frente a ellos, es menester precisar el régimen a que deben sujetarse desde el punto de vista de las cláusulas excepcionales. Esta situación genera, necesariamente, el siguiente interrogante: ¿es posible pactar las cláusulas exorbitantes en los contratos que pertenecen a este cuarto grupo? Para la Sala la respuesta debe ser negativa, por las siguientes razones: De un lado, porque, como se ha visto, este tipo de poderes requiere, cuando menos, autorización legal para su inclusión y posterior utilización, debido a la naturaleza que tienen estas prerrogativas -por su carácter extraordinario e inusual, en relación con el derecho común-, y, de otro, porque el legislador es el único que puede disponer competencias para la expedición de actos administrativos en desarrollo de los contratos estatales, actos que, como es sabido, constituyen el mecanismo de ejercicio de las exorbitancias contractuales. De este modo, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada no es posible constituir este tipo de poderes, en contratos en los que la ley no ha impartido autorización expresa, o excluirlos en los que el legislador los ha previsto como obligatorios”.*<sup>19</sup>

Así las cosas, tal como lo indica el Consejo de Estado en los contratos de consultoría no existe una facultad legal expresa que le permita a la administración la inclusión de cláusulas excepcionales en los mismos. Ha dicho el Consejo de Estado que ni siquiera en virtud del principio autonomía de la voluntad, donde

---

encuentra prohibido pactar dichas cláusulas, de manera que, si se incluyen habrá nulidad absoluta de la cláusula. A este grupo pertenecen, según el párrafo del art. 14 de la ley 80 los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales...’ El tercer grupo lo integran los contratos en los cuales la ley autoriza, pero no impone, que las partes del negocio jurídico acuerden su inclusión; el pacto de tales cláusulas, en estos casos, es opcional, de manera que la falta de estipulación significa que los poderes exorbitantes no existen. Este grupo está integrado por los contratos de prestación de servicios y suministro. Es importante señalar, en relación con éste último grupo, aunque resulta obvio, que el acuerdo correspondiente sólo puede favorecer a las entidades estatales, es decir, que no es posible pactar tales poderes en favor del contratista. Esta última hipótesis hace evidente una característica especial de los poderes exorbitantes que en ella se contienen; en efecto, sólo en estos dos tipos de contratos la ley autoriza a las partes del contrato a negociar la inclusión de los mismos, de manera que su existencia no deviene, en forma ‘inmediata’, de la ley, como ocurre con el primer grupo de contratos, sino de manera ‘mediata’, porque si las partes no llegan a un acuerdo sobre la inclusión de dichos poderes, la ley no suple el vacío, y, por consiguiente, los mismos no existirán en el caso concreto. Esta posibilidad abre un espacio al principio de la autonomía de la voluntad, en un tema donde la tradición administrativa había entendido que exclusivamente la ley, no las partes del contrato, podía disponer la inclusión de las cláusulas exorbitantes, sin perjuicio de que el origen de las potestades propias de tales cláusulas provenga siempre de la ley, en unos casos, porque las impone y, en otras, porque simplemente la autoriza.

<sup>19</sup>Tesis fue reiterada en sentencia del CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA DE DICIEMBRE DE 2008, Expediente 35827.

pueda inferirse que las partes pactaron la inclusión de una cláusula excepcional en el contrato, esto significaría invadir la esfera reservada para el principio de legalidad, por tratarse de una potestad o cláusula de tipo excepcional al derecho común, que faculta a la entidad contratante para tomar decisiones unilaterales que modifican el contrato y pueden traer como consecuencia la imposición de eventuales sanciones al contratista.

Precisa el Consejo de Estado que el principio de legalidad de acuerdo con el artículo 6 de la Constitución política se impone sobre la autonomía de la voluntad, por cuanto en virtud del principio de legalidad los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones que explícitamente están señaladas en la ley, esto es, sus facultades deben estar contenidas o habilitadas previamente en ésta, lo que implica que cualquier actuación en contrario configura una extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Para concluir, en los contratos consultoría la ley no establece la inclusión de cláusulas excepcionales, por lo tanto, la administración carece de las atribuciones que señala el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 para hacerlas efectivas. De modo que, los efectos del incumplimiento de las obligaciones señaladas en el contrato de consultoría se rigen por el derecho privado, es decir que la administración, aunque se trata de un contrato estatal debe aplicar las reglas como a cualquier particular en esta relación contractual.