

Guía de las reclamaciones del contratista en Contratos Estatales



*Cámara de Comercio
de Florencia para el Caquetá*

Calle 17 No 8-72 Piso 2 y 3
Barrio 7 de Agosto
Florencia, Caquetá, Colombia
PBX: +57 (608) 4353939

<https://www.ccflorencia.org.co/>



**Presidente Ejecutivo:
Carlo Andrés Prada Gómez**

**Presidente Junta Directiva:
Carlos Alberto Reinoso Triana**

Colaboración: FORTALEZA LEGAL S.A.S.
forleg@hotmail.com

**Florencia, Caquetá
2023**



Cordial saludo a nuestros comerciantes inscritos en el Registro Mercantil, empresas afiliadas y proponentes que integran el RUP,

La Cámara de Comercio de Florencia para el Caquetá, pone a su disposición la *Guía de las reclamaciones del contratista en Contratos Estatales* en su primera versión, bajo el derrotero de impulsar el emprendimiento, la innovación, la formalización y competitividad para el desarrollo del sector empresarial de nuestra región.

Entendemos la Compra Pública como oportunidad de negocio para nuestros clientes y actividad dinamizadora de la economía local, de tal suerte que, herramientas como esta, que hace parte de una colección de Guías de Contratación, faciliten la ejecución de los contratos estatales en los que hacen parte nuestros clientes, de cara al mejor rendimiento en este importante renglón de la economía local.

¡Impulsamos el desarrollo regional!

Carlo Andrés Prada Gómez



Contenidos

Objetivo.....	6
Alcance.....	6
Acercamiento conceptual.....	7
Calificación subjetiva del contrato estatal	8
Derechos del contratista	10
Clases de reclamaciones.....	13
Reajuste de precios	14
Restablecimiento del equilibrio financiero	17
Concepto y fundamento legal.....	17
Presupuestos para su reconocimiento.....	18
Eventos de desequilibrio.....	20
(i) Causas exógenas	20
- Teoría de la imprevisión	21
- Sujeciones materiales imprevistas	21
(ii) Causas endógenas	22
- Ius variandi	22
- Hecho del príncipe	23
- Incumplimiento de la entidad	24
Silencio administrativo en contratación.....	27
Explicación de la figura	27
Presupuestos	29
Procedimiento	30
Referencias.....	32



Índice de gráficas

Gráfica 1. Clasificación de las reclamaciones contractuales.	13
Gráfica 2. Eventos de desequilibrio.....	20

Objetivo

Esta Guía tiene como propósito, facilitar la participación en procesos de Compra Pública regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública¹, a los comerciantes inscritos en el Registro Mercantil, empresas afiliadas y proponentes que integran el RUP de la Cámara de Comercio de Florencia para el Caquetá, mediante el desarrollo de material pedagógico asequible, que auspicie el mejor entendimiento de la actividad contractual para maximizar los resultados de su participación en este sector.

Alcance

Este documento es de enfoque académico y ha sido desarrollado con intencionalidad pedagógica para los comerciantes inscritos en el Registro Mercantil, empresas afiliadas y proponentes que integran el RUP de la Cámara de Comercio de Florencia para el Caquetá; de tal suerte que el abordaje temático es deductivo (de lo general a lo particular) por lo que abarca un acercamiento conceptual sobre las figuras que se desarrollan, la clasificación de las reclamaciones, el equilibrio financiero del contrato y los aspectos clave para su entendimiento, así como el silencio administrativo en contratación pública.

¹ En adelante *EGCAP*

Acercamiento conceptual

El contrato estatal es una categoría especial de negocio jurídico. Como punto de partida hay que afirmar que, como contrato, comparte las mismas características que aquel que celebran los particulares. En términos legales, es un acuerdo entre dos o más partes que establece obligaciones específicas y derechos para quienes lo suscriben. En el contexto de la contratación pública, se refiere a un acuerdo formal entre una entidad estatal y un tercero, ya sea una persona natural, jurídica, o contratista plural -consorcios y uniones temporales- para la prestación de bienes, servicios o la ejecución de obras.

El Contrato Estatal en Colombia es fundamental, ya que se le concibe como un instrumento clave para alcanzar los objetivos del Estado. La Ley 80/93 establece que, al celebrar y ejecutar contratos, las entidades estatales buscan cumplir los fines estatales, proveer servicios públicos eficientes y proteger los derechos e intereses de los ciudadanos. Este tipo de contrato permite al Estado garantizar los derechos de los ciudadanos, amén que, aunque carezca de los recursos humanos necesarios, puede acudir a los particulares para obtener su colaboración con el fin construir obras, brindar servicios y suministrar bienes a la sociedad.

La jurisprudencia y la doctrina destacan que el contrato estatal no es un fin en sí mismo, sino un medio para asegurar el logro de los objetivos del Estado, siendo una implementación específica de los planes de desarrollo y presupuestos públicos. Así se desprende del artículo 3 de la Ley 80 de 1993:

ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al

celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones².

Entonces, apareja la intencionalidad de satisfacer el interés general, sin perjuicio de su objeto, por lo que, además de las obligaciones convencionales, es decir, con origen en el mismo contratos, las partes –especialmente el contratista–, están llamados a cumplir con las cargas que impone el ordenamiento jurídico para lograr el alcance de dichas finalidades.

Calificación subjetiva del contrato estatal

La naturaleza de un contrato estatal no depende del régimen jurídico aplicable, sino que se define por las partes que lo celebran, de tal suerte que, aquellos celebrados por entidades estatales se consideran contratos estatales, independientemente del régimen jurídico que les sea aplicable. Es decir, para que estemos frente a un contrato estatal, basta que una de las partes sea una entidad pública o un sujeto público con capacidad contractual.

El EGCAP³ en su artículo 2º establece un listado a título meramente enunciativo, de tal manera que, solo hay que reparar en la naturaleza jurídica del sujeto sin perjuicio de que se

² Ley 80 de 1993. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/Ley_0080_1993.html#3

³ Léase: Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

encuentre incluido en dicha norma, para concluir que estamos frente a un contrato público o estatal. Se insiste, sin perjuicio del régimen jurídico que lo cobije, pues claramente, por regla general todas las entidades públicas están sometidas a la Ley 80 de 1993, pero también es sabido que, coexisten regímenes especiales creados por la ley, verbigracia, las entidades públicas del sector financiero, bursátil y asegurar, las empresas sociales del Estado, las universidades oficiales, las empresas oficiales que prestan servicios públicos, entre otras.

Por eso, el criterio de calificación del contrato estatal es subjetivo, pues depende de la naturaleza de uno de los sujetos que lo celebran.

Huelga agregar, que el contrato estatal es solemne, es decir, para que exista se debe cumplir con la formalidad establecida por el legislador para su perfeccionamiento, que, en materia de contratación pública, se halla en el artículo 39 del EGCAP:

ARTÍCULO 39. DE LA FORMA DEL CONTRATO ESTATAL. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales⁴.

Se tiene entonces, que para que el contrato estatal exista, debe constar por escrito. Ahora bien, es sabido que actualmente y por regla general, los contratos de las entidades públicas se gestionan y celebran a través de la plataforma SECOP II, portal transaccional que administra Colombia Compra Eficiente, que permite adelantar los procesos contractuales

⁴ Ib.



en línea y en tiempo real. Así que hay que entender que el perfeccionamiento del contrato se materializa cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación por los servicios contratados –conforme al art. 41 EGCAP– y se eleve a escrito, sin perjuicio de que la celebración sea electrónica.

Derechos del contratista

El contrato estatal como negocio jurídico, por remisión expresa del EGCAP⁵, se orienta del principio de autonomía de la voluntad con fuente legal en el artículo 1.602 de Código Civil que establece que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*⁶. Esto implica, que al celebrarlo la partes quedan legalmente comprometidas a cumplir lo pactado.

Sin embargo, hay que advertir que no solo se rige por lo estipulado entre las partes, sino también por lo establecido en el marco legal. Las obligaciones de las partes van más allá de lo explícito en el contrato, extendiéndose a lo necesario para cumplir su propósito. Esto implica que las obligaciones no se limitan a lo acordado en palabras, sino que abarcan todo lo esencial para alcanzar los objetivos del contrato.

El cumplimiento de estas obligaciones no solo se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, sino también en el marco legal que rige el contrato. Esto significa que las obligaciones emanan de la voluntad acordada, las leyes y las condiciones esenciales para llevar a cabo el objeto del contrato.

En resumen, las obligaciones de las partes en un Contrato Estatal se derivan tanto de lo acordado entre ellas como de las disposiciones legales aplicables, y estas obligaciones se generan a partir del contrato, que actúa como el vínculo que

⁵ Véanse los artículos 13, 32, 30, 40 y concordantes de la Ley 80 de 1993.

⁶ Ley 57 de 1887, Código Civil. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39535>

las partes deben cumplir, de acuerdo con el artículo 1494 del Código Civil Colombiano.

Nos interesa en esta Guía lo relativo a los derechos del contratista, que de manera general aparecen en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993, que en su numeral primero desarrolla los dos más importante, a saber, el pago y el mantenimiento de la ecuación financiera del contrato:



ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:

1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia, tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato⁷.

Como negocio jurídico, el contratista persigue un ánimo de lucro que es lícito y amparado por el ordenamiento jurídico, de tal suerte que, los derechos económicos del contratista cuentan con un blindaje jurídico, por lo que son susceptibles de ser reclamado y satisfechos en el marco de la relación contractual.

Súmese, que como el contrato es bilateral y sinalagmático, lo que para una parte es una obligación, resulta correlativamente en un derecho para la otra. Por ejemplo, si en el contrato se pacta la obligación de la entidad de entregar planos y diseños al contratista, es un derecho de este último recibirlos de manera oportuna, idónea y completa; si es

⁷ Ib.

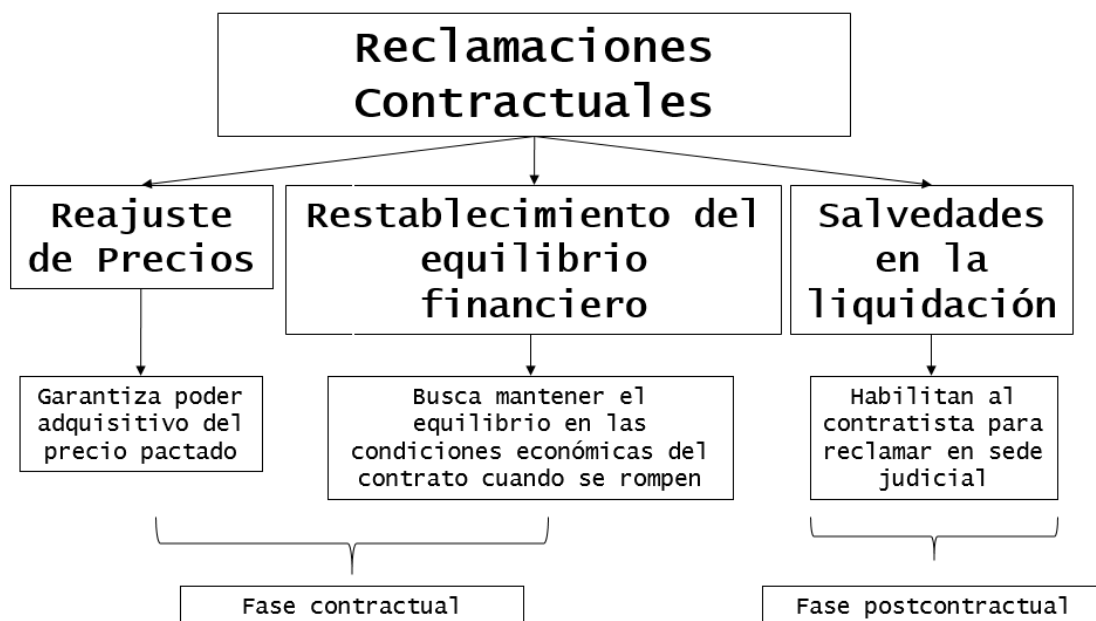
obligación de la entidad pagar el precio, el derecho del contratista será recibir el pago, y así sucesivamente.

Ahora bien, no solo en el cuerpo del contrato se hallan los derechos del contratista, sino también en los pliegos de condiciones e invitaciones, en los manuales de contratación, en los principios de la actividad contractual, pero, sobre todo, en la ley. Estos insumos también son la fuente de sus obligaciones, con arreglo al carácter sinalagmático ya destacado.



Clases de reclamaciones

Corolario del carácter vinculante del contrato y su entendimiento como negocio jurídico que le endilga al contratista un catálogo de derecho, estos son susceptibles de ser reclamados en sede administrativa o judicial, toda vez que las obligaciones aparejan los mecanismos jurídicos para exigir su cumplimiento. Nos ocuparemos de las reclamaciones de contenido económico en sede administrativa, que para fines prácticos, podemos clasificar de la siguiente manera:



Gráfica 1. Clasificación de las reclamaciones contractuales. Elaboración propia.

Son múltiples los aspectos que el contratista puede reclamar ante la administración para perseguir el cumplimiento de lo pactado, por ejemplo, solicitar la completitud de los insumos técnicos, la entrega de un terreno, la definición del

alcance técnico, entre otras, empero, abordaremos las reclamaciones de contenido económico en particular, toda vez que son las que, generalmente, revisten mayor interés para el contratista.

Reajuste de precios

El principal derecho del contratista es el de pago de lo que ejecuta, y está claro que en un contrato estatal los particulares acuden con ánimo de lucro, interés lícito que está avalado por el derecho. En los contratos de largo aliento, el valor de lo ejecutado puede verse afectado cuando la ejecución se dilata en el tiempo por causa no imputable al contratista, por ejemplo, cuando por dificultades en el diseño deben hacerse ajustes que demandan demoras adicionales, o cuando se presenta morosidad en la entrega de terrenos para intervenir.

Nuestra economía es inflacionaria, lo que suele implicar un aumento generalizado en los precios de bienes y servicios que puede afectar directamente los costos de operación del contratista, acrecentando el precio de los insumos, la mano de obra y otros gastos asociados a la ejecución del contrato. Como resultado, los márgenes de ganancia se reducen si el precio acordado en el contrato no se ajusta para compensar esta inflación y en algunas ocasiones, puede desequilibrar económicamente el contrato.

El reajuste de precios es una figura pensada para recuperar el poder adquisitivo del dinero, es decir, es un mecanismo para adaptarse a los cambios monetarios propios de las dinámicas económicas inflacionarias como la nuestra.

En el Estatuto Contractual anterior -Decreto Ley 222 de 1983-, se requería de pacto en el contrato para que procediera el reajuste. Actualmente, se considera que es un derecho del contratista por cuenta de los artículos 4, num. 8 y 9, 5 num. 1 y 25 num. 13 y 14 de la Ley 80 de 1993. La jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido ajena a su reconocimiento y de múltiples pronunciamientos se desprende su incorporación

al catálogo de derechos del contratista, verbigracia en la que se cita a continuación:

“El ajuste de precios tiene como fin proteger el valor real de la remuneración pactada en el contrato, que se puede afectar durante la ejecución del mismo, por la fluctuación eventual de los costos de los elementos que integran la obra (...)”⁸.

Normalmente, las entidades no incluyen cláusula de reajuste de precios en sus contratos, de tal suerte que, para reclamar el reajuste, lo propio es acudir a la fórmula de indexación usada en la jurisdicción de lo contencioso administrativo:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Donde:

R: Real

Rh: Real histórico

Los índices usados deben ser los de la fórmula de empalme del DANE que los encuentran en <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc>

Con arreglo a la jurisprudencia de la corporación de cierre de lo contencioso administrativo, se recomienda a los contratistas para que su petición de reajuste tenga vocación de prosperidad:

1. Durante la fase de selección, se debe revisar juiciosamente la matriz de riesgos del proceso de selección, a fin de determinar si está contemplado el riesgo de pérdida de valor adquisitivo de la moneda o un riesgo económico similar, a fin de determinar si se está distribuyendo al contratista. En ese caso, debe

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Subsección "A". Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 85001233100020050004503. Expediente:36.000

proponerse observación e insistir en su modificación para que se incorpore la obligación de reajuste de precios en eventos de dilación del plazo imputable a la entidad. De no estar contemplado el riesgo, no será necesario observar.

2. Si en la ejecución se presentar suspensiones o prórrogas por causa no imputable al contratista, previo a su suscripción se debe dejar documentada la causa y la medida, bien sea en actas de comités, oficios a la interventoría y a la entidad, en la solicitud de suspensión o prórroga o en el mismo cuerpo del acta de suspensión o de la prórroga. Lo anterior, en aplicación del principio de buena fe objetiva.
3. Una vez formalizada la suspensión o prórroga que dilata de manera considerable la ejecución por causa no imputable al contratista, se debe proponer la solicitud de reajuste de precios, en la que se expongan las cuestiones fácticas, el fundamento jurídico y la pretensión taxativa de reajuste de precios.
4. Si la entidad no responde la petición dentro de los tres (3) meses siguientes, se debe protocolizar el silencio administrativo, si la intención del contratista es insistir judicialmente en el reclamo.
5. Si la entidad responde negativamente, se recomienda insistir advirtiendo que en todo caso el asunto será objeto de salvedad en la liquidación.
6. Si se llega a la liquidación de mutuo acuerdo y se pretender insistir judicialmente en la petición de reajuste de precios, se debe dejar salvedad en el acta respectiva de manera clara, precisa, concreta, soportada y cuantificada.



Restablecimiento del equilibrio financiero

Concepto y fundamento legal

Los artículos 5, num. 1 y 27 de la Ley 80 de 1993, nos acercan a la figura del equilibrio financiero del contrato, pero, sobre todo, nos permiten proponer como punto de partida, que cuando el equilibrio se rompe, surge para el contratista el derecho a que la administración contratante lo restablezca. Así pues, el Consejo de Estado nos define su finalidad en los siguientes términos:

Garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas sobrevinientes, imprevisibles y no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio⁹.

Para entender esta figura, debemos apalancarnos de una parte, en el carácter bilateral y sinalagmático del contrato estatal, y de otra, en los principios que rigen esta actividad, en particular los de buena fe y planeación. En cuanto al primer aspecto, recordemos que en el contrato lo que para una parte es un derecho, para la otra es una obligación, así que, como es obligación de la entidad pagar el precio, el derecho del contratista es el de recibir el pago, al que se incorpora, sin perjuicio de la asunción de los riesgos propios de la actividad, el derecho a que se mantenga el valor intrínseco del dinero acordado como remuneración.

En lo relativo a los principios, hay que recordar que el de planeación tiene un carácter bifronte, es decir, que si bien es cierto es una carga que se predica de la entidad,

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera, subsección B. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012). Rad. 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990)

también lo es que el oferente debe compartirla como experto en su sector. Corolario de ese carácter, aparece el principio de buena fe, que en materia contractual es objetiva, de tal manera que no podría el contratista apalancar sus reclamaciones en desconocimiento de los riesgos de la contratación, falta de previsión o en general, en cuestiones que durante la fase de formación del contrato podía proyectar para administrar de mejor manera el negocio jurídico.

Así las cosas, para que se configure el desequilibrio financiero del contrato, se debe identificar:

- ✓ Que el evento desequilibrante se presente en ejecución de contrato.
- ✓ Que se trate de una situación imprevisible al momento de su celebración.
- ✓ Que no comporte un riesgo asumido por el contratista durante la fase de formación del contrato.
- ✓ Que no impida la ejecución pero que la haga más gravosa en términos económicos para el contratista.
- ✓ Que la alteración económica sea grave, es decir, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, sino que debe consistir en una afectación de gran envergadura a sus finanzas.
- ✓ Que el hecho desequilibrante no sea imputable al contratista que aspira al restablecimiento de la ecuación financiera.

Presupuestos para su reconocimiento

Una cosa son los presupuestos para identificar el desequilibrio y otra los que se deben verificar para que prospere la reclamación. En todo caso, los que se expondrán a continuación, se apalancan del mismo carácter bilateral y sinalagmático del contrato, así como de los principios, en especial, el de buena fe contractual.

En voces del Consejo de Estado, los presupuestos para el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato son:

“(…)

2. *Que a través del medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico.*

(…)

4.- *Que se realicen las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad que atiendan al principio de buena fe objetiva o contractual, esto es que, una vez ocurrido tal hecho, se efectúen las solicitudes, reclamaciones o salvedades al momento de suscribir las suspensiones, adiciones prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc.*

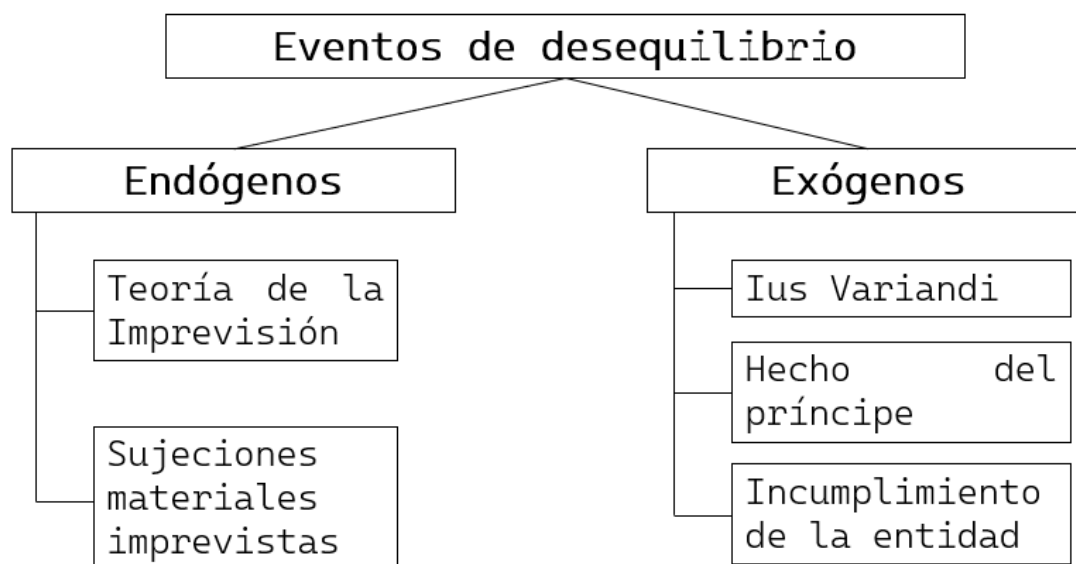
5. *Que las solicitudes, reclamaciones o salvedades se realicen de manera específica y concreta en cuanto a su concepto, tiempo y valor. Es decir, no tienen validez las salvedades formuladas en forma general o abstracta”¹⁰.*

Entonces, si se pretende reclamar el restablecimiento de la ecuación financiera, se recomienda plantearla integrado ambos presupuestos, es decir, tanto los que permiten identificar el hecho desequilibrante, como los de procedibilidad de la reclamación.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2017, Exp. 56.562, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Eventos de desequilibrio

Para fines metodológicos y con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado, podemos clasificar los eventos de desequilibrio en dos grandes grupos relacionados con las causas que lo producen. Unos son exógenos (vienen de afuera) y otros endógenos (vienen de adentro). Véase:



Gráfica 2. Eventos de desequilibrio. Elaboración propia.

(i) Causas exógenas

Las causas exógenas son las que provienen de fuera de la relación contractual, es decir, su origen no puede imputarse ni al contratista -como es propio de la teoría del desequilibrio- ni a la entidad contratante. En principio, se reducía a la *teoría de la imprevisión*, empero, el Consejo de Estado ha venido haciendo una construcción de dos eventos dentro de este grupo de causas, incluyendo para el efecto las denominadas *sujeciones materiales imprevistas*.

- Teoría de la imprevisión

Se presenta cuando durante la ejecución del contrato, un evento de naturaleza económica o financiera, imprevisible al momento de su celebración, no imputable a las partes y que no comporta riesgo asumido por el contratista durante la fase de formación del negocio jurídico, altera gravemente la ecuación financiera de tal suerte que, aunque no impide la ejecución, la hace más gravosa para el contratista.

Ejemplos de eventos de la teoría de la imprevisión, serían el aumento excesivo de la tasa de cambio cuando la ejecución involucra elementos importados o estas impactan severamente las dinámicas económicas locales; alzas en tarifas de impuestos que graben los contratos en ejecución; tasas de inflación desbordadas, entre otros.

- Sujeciones materiales imprevistas

Se presenta cuando durante la ejecución del contrato, un evento de naturaleza física o material, imprevisible al momento de su celebración, no imputable a las partes y que no comporta riesgo asumido por el contratista durante la fase de formación del negocio jurídico, altera gravemente la ecuación financiera de tal suerte que, aunque no impide la ejecución, la hace más gravosa para el contratista.

Ejemplos de eventos constitutivos de condiciones materiales imprevistas son la excesiva y súbita pluviosidad, las condiciones del terreno a intervenir y en general, fenómenos naturales que tengan con potencialidad de afectar a normal ejecución con impactos severos en la economía del contrato.



(ii) Causas endógenas

Esto eventos son los que provienen del interior de la relación contractual, y para que los alegue el contratista, deben ser imputables a la entidad contratante. Se refieren, al igual que en las causas exógenas, a situaciones imprevisibles al momento de la celebración del contrato que no comportan riesgo asumido por el contratista durante la fase de formación del negocio jurídico, que alteran gravemente la ecuación financiera de tal suerte que, aunque no impiden la ejecución, la hacen más gravosa para el contratista. Jurisprudencialmente se reconocen como eventos desequilibrantes endógenos, al ejercicio del ius variandi, al hecho del príncipe y al incumplimiento de la entidad. Veamos:

– Ius variandi

De su traducción literal del latín, se desprende que se trata del ejercicio, por parte de la entidad, del derecho a variar las condiciones pactadas en el contrato, en los especialísimos eventos de que trata el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, del que se lee:

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

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo¹¹.

¹¹ Ib.

Como es sabido, con arreglo al artículo 14 del EGCAP y sin perjuicio del carácter bilateral del contrato, la entidad pública en su rol de guardadora del interés general que apareja el negocio jurídico está dotada de potestades excepcionales con miras a propender el alcance del objeto y la finalidad propuesta. Una de ellas, es la posibilidad de modificar unilateralmente el contrato cuando no se ha logrado acuerdo con el contratista.

Como potestad excepcional demanda estricta sujeción a la legalidad, por lo que, para hacer uso de ella, la entidad debe estarse al evento taxativamente propuesto en la norma y al procedimiento que ella apareja.

Lo cierto es que, si al hacer uso de la potestad impacta la economía del contrato, está obligada a restablecer el equilibrio financiero pagando la prestación adicionada y realmente ejecutada por el contratista, incluida la utilidad en el porcentaje pactado.

- Hecho del príncipe

Se tipifica esta causa de desequilibrio cuando la misma entidad contratante entidad en ejercicio de funciones constitucionales y legales, profiere un acto de contenido general y abstracto que tiene incidencia en el contrato de tal magnitud, que altera gravemente la ecuación financiera llevando al contratista al punto de pérdida. Es decir, se instrumentaliza en un acto administrativo que no se dirige hacia el contrato como en el *ius variandi*, sino que es de contenido general, pero que impacta el negocio jurídico desequilibrando al contratista.

Este evento tiene identidad con el régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa, por lo que supone la reparación mediante la indemnización de los perjuicios que se hubieren causado al contratista.



- Incumplimiento de la entidad

El *Contrato Estatal* comparte las mismas características del contrato privado en lo esencial, habida cuenta de las remisiones que el EGCAP hace de forma recurrente a la legislación privada, verbigracia en los artículos 13¹², 32¹³ y 40¹⁴. En consecuencia, se tiene que se trata de un negocio jurídico¹⁵, bilateral¹⁶, conmutativo¹⁷, sinalagmático¹⁸, solemne¹⁹ y por regla general oneroso²⁰.

Según el artículo 1.517 del Código Civil Colombiano “*Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer*”²¹. Así las cosas, y siendo que como ya se dijo, el *Contrato Estatal* comparte las características del contrato privado, diferenciándose de aquel en la naturaleza jurídica de una de las partes y en la regulación del procedimiento de selección del contratista principalmente²²; en el *Contrato Estatal* también las obligaciones pueden ser de dar, hacer o no hacer.

Entonces, la obligación será aquello a lo que la entidad contratante y su contratista puede ser compelido a hacer en

¹² “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley. (...)”

¹³ “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente 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 (...)”

¹⁴ “Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza. (...)”

¹⁵ “Acto jurídico por el que una o más personas regulan sus intereses estableciendo una determinada regulación jurídica. Los elementos de los negocios se clasifican en esenciales (la declaración de voluntad, el objeto, la causa y la forma), naturales (son consecuencias propias del negocio que pueden ser excluidas por la voluntad de las partes) y accidentales (introducidos por las partes, como la condición, el término y el modo)”. ENCICLOPEDIA JURÍDICA. -Recurso on line-. Definición de negocio jurídico. Recuperada de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/negocio-jur%C3%ADdico/negocio-jur%C3%ADdico.htm>

¹⁶ “Negocio jurídico que surge por las declaraciones de voluntad de dos personas”. Ib.

¹⁷ “Se aplica por lo general a la justicia que regula la igualdad o proporción que debe existir entre las cosas, cuando unas se dan por otras”. Ib.

¹⁸ “Dícese del contrato que hace nacer a cargo de las partes obligaciones recíprocas”. Ib.

¹⁹ “Aplicase a la forma requerida por la ley como condición de validez de un acto, cuya inobservancia acarrea la nulidad el negocio jurídico”. Ib.

²⁰ “Lo que supone gravamen, carga u obligación”. Ib.

²¹ Ib.

²² Aunque en las siguientes fases aparezcan otras diferencias propias de la posición contractual del Estado en la relación y los poderes excepcionales que se le han conferido habida cuenta del interés superior involucrado en estos.

virtud del vínculo de derecho entre ellas, que nace del contrato e incluso de la Ley. Ahora bien, como las normas que rigen la contratación pública nos remiten al derecho privado, debemos revisar el contenido del artículo 1.602 del Código Civil Colombiano que establece: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”²³. De esa norma, informa la doctrina y jurisprudencia nacional, que emana el principio de la autonomía de la voluntad contractual, esto es, la fuerza vinculante de la voluntad de las partes del contrato y de la capacidad que tienen ellas de regular la relación contractual, creando a través de ese vínculo jurídico entre ella, las cargas obligacionales y prestaciones recíprocas.

Nuestro EGCAP reconoce que el contrato estatal se orienta del principio de la Autonomía de la Voluntad, máxime que desde que se concibió la Ley 80/93, se pensó en incorporar con más fuerza este principio, precisamente para derrotar la rigidez del estatuto contractual de 1983. En ese sentido, las obligaciones de las partes del *Contrato Estatal* serán aquellas que lícitamente aquellas hayan acordado en el contrato.

Con todo, las principales obligaciones de una parte en el *Contrato Estatal* se traducen en los correlativos derechos de la otra parte, que emanan de la autonomía de la voluntad contractual, del ordenamiento jurídico y de las condiciones necesarias para ejecutar el objeto convenido. Las obligaciones nacen del contrato que es el vínculo por el cual es posible compeler a las partes a cumplirlas, pues el artículo 1494 del Código Civil Colombiano, aplicable también en esta materia, dispone que “*Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; (...)*”²⁴.

De ahí que, como se ha venido afirmando, lo que para una parte es una obligación, correlativamente para la otra es un derecho. En la práctica, es posible que la entidad desatienda sus obligaciones, que no se reducen a lo pactado en el contrato, sino a lo que establezcan los pliegos, la ley y los

²³ Ib.

²⁴ Ib.

principios, por lo que priva al contratista de sus derechos y es posible con esa conducta cause una alteración grave en la economía del contrato.

Por ejemplo, para la construcción de una obra se requiere la entrega oportuna de los insumos técnicos –estudios, planos y diseños–, de los terrenos y de los permisos y autorizaciones para ejecutarla. Si la entidad es morosa en el cumplimiento de la obligación, o los insumos de planeación adolecen de defectos, causando mayor permanencia que implica la asunción de costos no previstos para el contratista, tiene la obligación de asumirlos para restablecer el equilibrio. En voces del Consejo de Estado:



“La mayor permanencia en obra o prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante (...) sea que impliquen o no mayores cantidades de obra u obras adicionales, puede llegar a traumatizar la economía del contrato en tanto afectan su precio debido, pues la ampliación o extensión del plazo termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento, situación que da lugar a la reparación de los perjuicios que se le produzcan”²⁵.

Bajo ese entendido, el contratista está habilitado para reclamar el restablecimiento en la forma ya indicada.

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Subsección b. consejero ponente (e): Danilo Rojas Betancourth. Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil doce (2012). Radicación número: 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429).

Silencio administrativo en contratación

Explicación de la figura

En voces de la jurisprudencia *“se trata de un fenómeno en virtud del cual la ley contempla que, en determinados casos, la falta de decisión de la Administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, tiene un efecto que puede ser negativo o positivo”*²⁶.

De ahí que, no se trata de una respuesta de la administración en sentido estricto, sino del efecto jurídico de la ausencia de pronunciamiento de la administración frente a una petición o un recurso, que crea un acto ficto o presunto.

El silencio administrativo por regla general es negativo, es decir, si vencido el término legal para resolver la administración se abstiene de hacerlo, ha de entender el interesado que la respuesta fue negativa. Solo en los taxativos eventos previstos en la ley, se configura el silencio administrativo positivo.

El artículo 83 de la Ley 1437 de 2011, consagra de manera general, el denominado *silencio administrativo* en los siguientes términos:

²⁶ Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejera Ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO. Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 73001-23-33-000-2014-00219-01 [21805]

ARTÍCULO 83. SILENCIO NEGATIVO. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda²⁷.

Es imperativo destacar, que para que se configure el silencio administrativo, se precisa que la normativa haya conferido a la Administración un plazo específico en el cual debe resolver la petición u recurso. En segundo lugar, es esencial tener en cuenta que la legislación prevé de manera clara que el incumplimiento de dicho plazo conlleva efectos de silencio administrativo. En relación con este último requisito, es crucial entender que no solo se exige que la decisión sea emitida en el plazo establecido, sino que además debe notificarse de manera adecuada.

Para lo de nuestro interés y volviendo al carácter taxativo del silencio administrativo positivo, la Ley 1437 d 2011 dispone:

ARTÍCULO 84. SILENCIO POSITIVO. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva.

²⁷ Ley 1437 de 2011. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr001.html#83

Los términos para que se entienda producida la decisión positiva presunta comienzan a contarse a partir del día en que se presentó la petición o recurso.

El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocación directa en los términos de este Código²⁸.

En la contratación pública, existe norma expresa que consagra esta modalidad de silencio administrativo, a saber, el numeral 16 del artículo 25 EGCAP del que se lee:

ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:

(...)

16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley. (...)²⁹

En consecuencia, esta habilitación legal es una oportunidad para que el contratista formule con vocación de éxito sus reclamaciones, en el entendido que, de no ser resueltas oportunamente, darán lugar a la configuración del silencio positivo.

Presupuestos

Sin perjuicio de lo expuesto hasta ahora, debe tenerse en cuenta el matiz que le ha dado en el Consejo de Estado, verbigracia en sentencia del 31 de mayo de 2022, exp. 52.636, en la que la Corporación indicó que los presupuestos de configuración del silencio positivo en contratación, son los siguientes:

²⁸ Ib.

²⁹ Ib.

- “(1) Las solicitudes deben formularse durante la fase de ejecución del contrato;
(2) deben ser presentadas por el contratista
(3) El silencio no puede usarse para entender resueltas o definidas etapas contractuales que tienen procedimiento especial;
(4) la petición debe referirse a un derecho preexistente del contratista que requiera tan solo la formalidad o declaración del contratante público; y
(5) El peticionario, con su solicitud, debe aportar las pruebas necesarias que permitan deducir la obligación que está reclamando”.*

Procedimiento

Cumplidos los presupuestos del silencio administrativo, la mera reclamación y la ausencia de respuesta no materializan el derecho del contratista a que se conceda lo pedido, sino que debe observarse el procedimiento previsto en el artículo 85 de la Ley 1437 de 2011, que indica:

ARTÍCULO 85. PROCEDIMIENTO PARA INVOCAR EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO. La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 15, junto con una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término previsto.

La escritura y sus copias auténticas producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así.

Para efectos de la protocolización de los documentos de que trata este artículo se entenderá que ellos carecen de valor económico³⁰.

El procedimiento para configurarlo se resume en lo siguiente:

Condición:

El contratista debe encontrarse en las condiciones previstas por las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo. Es decir, debe cumplir con los requisitos y situaciones contempladas en la normativa correspondiente para invocar este beneficio.

Protocolización de la Constancia y Declaración Jurada:

El contratista que pretende invocar el silencio administrativo positivo deberá protocolizar la constancia o copia de radicación de la petición, junto con una declaración jurada en la que manifieste que no ha sido notificado de la decisión dentro del término establecido por la ley.

Escritura y Copias Auténticas:

La escritura resultante de la protocolización, así como sus copias auténticas, tendrán el alcance de una decisión favorable. En otras palabras, se equiparan legalmente a la resolución que fue solicitada. Es fundamental que estas copias sean auténticas para que produzcan todos los efectos legales previstos.

Deber de Reconocimiento:

Todas las personas y autoridades tienen el deber de reconocer los efectos legales de la escritura protocolizada como si se tratara de una decisión favorable. Este reconocimiento es esencial para la plena eficacia del silencio administrativo positivo.



³⁰ Ib.

Referencias

Ley 80 de 1993. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#3

Ley 57 de 1887, Código Civil. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=39535>

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Subsección "A". Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 85001233100020050004503. Expediente:36.000

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera, subsección B. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil doce (2012). Rad. 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990)

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de febrero de 2017, Exp. 56.562, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA. -Recurso on line-. Definición de negocio jurídico. Recuperada de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/negocio-jur%C3%ADdico/negocio-jur%C3%ADdico.htm>

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Subsección b. consejero ponente (e): Danilo Rojas Betancourth. Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil doce (2012). Radicación número: 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429).

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección cuarta. Consejera Ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto. Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 73001-23-33-000-2014-00219-01 [21805]

Ley 1437 de 2011. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011_pr001.html#83