

GACETA ARBITRAL

PROPIETARIO-EDITOR: RODRIGO BECERRA TORO, Cali, Colombia

NUMERO: 91

AÑO VII

FECHA: 1 de mayo de 2020

ASUNTO: En el arbitraje sobre contratación estatal se debe verificar si el contrato observa los principios de la contratación pública.

CARÁCTER: Los comentarios u opiniones del editor no obligan al lector porque la doctrina no es fuente formal del derecho colombiano.

1). SOMETIMIENTO DE LA CONTRATACIÓN A DICHS PRINCIPIOS:

La función contractual de los entes públicos se rige por principios constitucionales, legales y generales, y la ley 80 y sus reformas son un compendio de aplicación de los mismos, y se constituyen en su razón de ser [Ver, C.E. S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 31-III-2005, Exp. AP-2002-2739-01, C.P. Alier Hernández Enríquez]. La falta de norma expresa sobre cierta materia obliga a que la situación se interprete y decida con base en tales principios [Ver, art. 77 de este estatuto]. El asunto tratado aquí es de suma trascendencia dentro del proceso arbitral sobre contratación estatal o sobre los efectos económicos de los actos administrativos, porque los árbitros están obligados a examinar si ellos se han satisfecho a tenor de la preceptiva constitucional y legal, para derivar si el contrato tiene o no licitud jurídica. En apretada síntesis dichos principios, materia de estudio por los árbitros, son:

2). LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES:

2.1 Principio del interés público (Art. 2 C.N.): La contratación tiene por fin el servicio a la comunidad y la garantía de promover su prosperidad general y el oren justo, por medio de diversos medios (servicios de salud, educación, servicios públicos domiciliarios, acueductos, etc.). Se estructura sobre la idea del interés público (Art. 3, Ley 80/1993), y de él emergen las cláusulas excepcionales y las potestades unilaterales en el contrato estatal.

2.2 Principio de responsabilidad (Arts. 6 y 90 C.N.): Alude al régimen de responsabilidad de los entes públicos, por la actuación de los agentes o servidores estatales, o de los contratistas durante toda la contratación [Ver, Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 15 de mayo/2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño]. [Ver, arts. 6, 90, 121, 123, 124 C.N.].

2.3 Principio de legalidad (Arts. 6, 121, 122 C.N.): Los funcionarios públicos y los contratistas sólo pueden ejercer las funciones o competencias que les fije la ley. Busca proteger a ambas partes del contrato frente a los abusos en que ellas puedan incurrir, y, en particular, que las entidades públicas adopten comportamientos contractuales carentes de potestades o atribuciones de ley. Ej: la imposibilidad del este público de imponer multas unilateralmente, aunque, el artículo 17 de la Ley 1150/2007 consagró su autorización, que antes no estuvieron autorizadas legalmente. Otra aplicación está dada por los parámetros legales para los contratos de menor cuantía. También puede citarse la prohibición legal de pactar cláusulas exorbitantes en los contratos de consultoría [Ver, C.E., S. C.A., Auto de 1 de diciembre/2008, Exp. 35.827, C.P. Enrique Gil Botero]. Otro caso: La prohibición de pactar cláusulas de terminación unilaterales y discrecionales, por lo que la

terminación por el ente público no es discrecional, y sólo opera en las circunstancias precisas previstas en la ley [Ver, arts. 17, 18, y 45 Ley 80/1993].

2.4 Principio de igualdad (Art. 13 C.N.): Todos los que participen en el proceso contractual tienen derecho a hacerlo en un mismo pie de igualdad, en todas las etapas del proceso. Se asocia al principio de la transparencia y a la libertad de concurrencia (Arts. 24 y 29 Ley 80/1993), [Ver, Corte Constitucional, Sentencia C-595 d/2014, M.P. Jorge Pretelt Chaljub].

Se aplica, en especial, en la licitación (art. 30, L 80/1993); los concurrentes al proceso de selección deben gozar de igualdad entre sí, sin discriminaciones ni prebendas, y tener la posibilidad de formular sus ofertas. Las reglas del proceso de contratación deben ser iguales, generales e impersonales tanto para el contenido del pliego de condiciones como del contenido y plazo para la formulación de ofertas (Num. 5, art. 30, L 80/1993).

Viola la igualdad modificar los pliegos una vez cerrada la licitación, como tampoco los interesados puedan modificar, completar, adicionar o mejorar sus propuestas (Num. 8, art. 30, *ibídem*); evaluar propuestas bajo distintos parámetros; rechazar ofertas por cuestiones no sustanciales; adjudicar el contrato sobre condiciones diferentes a las que rigieron el proceso de contratación, etc. [Ver, estos y otros casos, en C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 21-V-2008, Exp. 15.963, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, y Sección Tercera, Sentencia de 4-VI-2008, Exp. 17.783, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; Sección Tercera, Sentencia de 4-VI-2008, Exp. 17.783, C.P. Myriam Guerrero de Escobar].

Otras situaciones: el rechazo de la oferta por motivos que no resultan determinantes en la evaluación que deba hacerse [C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 12-IX-2012, Exp. 24.938, C.P. Mauricio Fajardo Gómez]. Adicionar obras, bienes o servicios no contratados inicialmente, o variar las condiciones iniciales de contratación, salvo que ello obedezca a desequilibrios extraordinarios económicos o especiales [Ver, C.E. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1.849/2007, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo].

Corre paralelo a éste, el principio de la libertad de concurrencia, por el cual los entes públicos no pueden impedir jurídicamente que todo el que quiera pueda contratar con el Estado [Ver, Corte Constitucional, Sentencia C-300/2012, M.P. Jorge Pretelt Chaljub; C.E., S.C.A., Sentencia de 3-XII-2007, Exp. 24.715, acumulado, C.P. Ruth Stella Correa Palacio]. [Sobre situaciones que desconocen el principio de libre concurrencia, puede consultarse la Sentencia C-949 d/2011, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y sobre situaciones que son subsanables o no, respecto a este principio, puede verse C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sub-Sección C, Sentencia de 20-II-2014, Exp. 25.804, C.P. Enrique Gil Botero].

2.5 Principio al debido proceso administrativo (Art. 29 C.N.): Toda persona que intervenga en el proceso de contratación tiene derecho al debido proceso administrativo, en toda su extensión, hoy consagrado en el artículo 17 de la Ley 1150/2007, con plena aplicabilidad a la contratación estatal [como bien lo dice el C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 13-XI-2008, Exp. 17.009, C.P. Enrique Gil Botero]. Sencillamente, no se pueden vulnerar las garantías fundamentales.

Algunos derechos emanados de este principio son "absolutos" (como ser juzgado por autoridad competente; observancia de las formas propias del procedimiento; la no dilación injusta del procedimiento; la presunción de inocencia; la contradicción de las pruebas; el derecho de defensa; la impugnación de las decisiones condenatorias; etc. [Ver, C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 10-XI-2005, Exp. 14.157, C.P. Alier Hernández Enríquez]. Otros son "relativos", porque no rigen en forma plena, como el principio de la legalidad de la falta y de la sanción, porque no siempre es la ley la que se ocupa de establecer la falta y la sanción, sino que ellas pueden estar consagradas en ciertos reglamentos [Ver, C.E., igual sentencia]. Otro caso de aplicación *relativa* del principio:

Estar asistido por abogado en algunos procesos administrativos (aunque, en ocasiones resulta imperioso). [Ver, la misma sentencia]. Se agrega: La violación del debido proceso en el trámite administrativo para la imposición de la caducidad del contrato [Ver, C.E. S.C.A., Sección Tercera, Auto de 24-IX-1998, Exp. 14.821, C.P. Ricardo Hoyos Duque].

2.6 Principio de la buena fe (Art. 83 C.N.): En la contratación pública todas las partes deben obrar con la creencia y convicción de estar haciéndolo de buena fe. Se une a los deberes de fidelidad, lealtad y corrección de las partes en el trámite de la contratación [Ver, C.S., S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 3-XII-2007, Exp. 24.715 (acumulado), C.P. Ruth Stella Correa Palacio]. El principio es una *presunción* en todas las etapas del proceso de contratación, se aplica en forma directa y no subsidiaria, fija el límite claro del poder estatal y de los intervinientes en el proceso de contratación, y permite que se indemnizen mayores costos y pérdidas al contratista, como consecuencia de contingencias extraordinarias o anormales que alteren la ecuación financiera del contrato. [Ver, Corte Constitucional, Sentencia T-209 de 17-III-2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil]. De este principio emana otro, el de la *confianza legítima* [Ver, C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 29-I-1998, Exp. 11.099, C.P. Daniel Suárez Hernández]. La teoría de "venir contra los actos propios" es una aplicación de este principio [Ver, C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sub-sección C, Sentencia de 20-X-2014, Exp. 24.809, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]. Viola este principio la actuación de los entes públicos al hacer salvedades y glosas al contrato liquidado completamente por mutuo acuerdo [Ver, C.E. S.C.A., Sección Tercera, Sub-Sección C, Sentencia de 12-VI-2014, Exp. 28.744, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

2.7 Principios de la función administrativa (Art. 209 C.N.): Estos principios se aplican a la contratación pública por mandato de la norma citada, y al artículo 23, Ley 80/1993. [Ver, C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sentencias de 25-XI-2004, Exp. 15.560, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, y de 3-XII-2007, Exp. 24.715, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, y Sentencia de 11-II-2009, Exp. 16.100, C.P. Ramiro Saavedra Becerra]. Estos principios son y se desarrollan así:

- a). *Principio de imparcialidad*, que protege al principio de la igualdad;
- b). El principio de economía y celeridad, incluido el impulso oficioso de todo el proceso de contratación;
- c). *El principio de eficacia*: cada etapa contractual debe cumplir su finalidad;
- d). *El principio de publicidad*: Las actuaciones en cada etapa deben ser conocidas, y notificadas o publicadas en debida forma, para que sean vinculantes (Art. 24, Nums. 2 y 6, Ley 80/1993); los participantes tienen derecho a conocer las decisiones que les correspondan y a pedir copias de los documentos que las integran, con la reserva de la ley (Art. 23, y 74 C.N., y Num. 4, art. 24, Ley 80/1993; (Ver, C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sub-Sección A, Sentencia de 12-IX-2012, Exp. 24.938, C.P. Mauricio Fajardo Gómez); y
- e). *El principio de moralidad*: Toda la actuación contractual debe cumplirse según lo prevea la legislación positiva, de acuerdo con el fin de la función pública, y en el interés comunitario, lo que da origen a pedir la declaratoria de las nulidades que afectan o vician dichas actuaciones, [Ver, C.E., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 9-XII-2004, Proceso 2002-1204, C. P. Camilo Arciniegas Andrade; Sección Tercera, Sentencia de 5-X-2005, Exp. 2001-01588, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; y Sección Tercera, Sentencia de 2-XII-2013, Exp. AP-760012331000200502113001, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo], aun mediante acciones populares, [Sección Tercera, Sentencia de 5-III-2008, Exp. A P-2004- 01605, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; Sección Tercera, Sentencia de 2-XII-2013, Exp. AP-760012331000200502113001, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; entre otras.

3). PRINCIPIOS DE LA LEY 80 DE 1993:

Estos principios se inspiran en las reglas constitucionales ya enunciadas, que son orientadores para el ejercicio de la función administrativa contractual; son auténticos contenidos específicos de obligatoria observancia, en cualquier tipo de contratación (licitación pública, concurso de méritos, o directa), [Ver, Corte Constitucional, Sentencia C-508/2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra]. Conforme a su contenido debe ser interpretada la actuación completa de la contratación pública. En esencia son los que contiene dicha ley (transparencia, economía, responsabilidad, equilibrio económico y financiero del contrato), los de la función administrativa, los principios generales del derecho, y los especiales del derecho administrativo en general. Veamos:

a). Principio de transparencia: Arts. 24, Ley 80/1993; 2, Ley 1150/2007; Todo el trámite contractual debe ser transparente (sin mácula o sombra), [Ver, C.S., S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 3-XII-2007, Exp. 24.715 (acumulado), C.P. Ruth Stella Correa Palacio]. El principio se integra con los de imparcialidad, igualdad, moralidad y publicidad. Comprende el acceso a la administración pública; contratar respetando las normas de selección del contratista; la publicación de todas las actuaciones (precontractuales, contractuales y post-contractuales); el respeto a las condiciones del proceso de selección; evitar discriminaciones o limitaciones para contratar; no desviar el curso de la actividad contractual; respetar los procesos de selección de los contratistas; respetar las actuaciones iniciales de contratación; y dar a conocer y controvertir conceptos, informes y decisiones que se adopten (En este último punto, Ver, Decreto 2503/2009). (Ver, en relación a las materias citadas, el Num. 2, art. 24, Ley 80/1993). [Ver, en igual sentido, Corte Constitucional, Sentencia C-300/2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Conforme a este principio, en la práctica las autoridades públicas no pueden desviar o abusar del poder ni eludir los procedimientos de *selección objetiva* y los demás requisitos establecidos por el régimen de contratación estatal. Son procesos de selección *objetiva*, reglados por la ley, la licitación pública, la selección abreviada, concurso de méritos, la contratación directa, y la mínima cuantía), [Se encuentran tratados hoy en el artículo 2 de la Ley 1150/2011]. La selección *objetiva* consiste en escoger la oferta más favorable para el ente estatal, con base en criterios de capacidad jurídica, cumplimiento, experiencia, capacidad financiera, organización, equipos, plazo, y precio, entre otros, analizados y evaluados según las condiciones de cada pliego. Con todo, los requisitos a tener en cuenta para una selección objetiva se clasifican en "*habilitantes*" y de "*evaluación*" o valoración. Los *primeros* permiten que los interesados en el proceso de contratación puedan participar en él, no otorgan puntaje para escoger al contratista (pero sí, cuando se trata de concurso de méritos), pero, están sujetos a verificación, y deben ser tenidos en cuenta bajo la regla de la proporcionalidad para poder habilitar a los proponentes y calificar las propuestas [Sobre el criterio de la proporcionalidad puede consultarse, C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 4-VI-2008, Exp. 17.783, C.P. Myriam Guerrero de Escobar]. La *segunda* clase de factores (factores técnicos y económicos) se dirigen a determinar la oferta más favorable a la administración, y sí se valorizan para la escogencia [Ver, art. 5, Ley 1150/2007 y art. 88, Decreto 1474/2011]. [El C.E., tiene jurisprudencia explicativa de ambas clases de factores, ver, S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 26-IV-2006, Exp. 15.188, C.P. María Elena Giraldo Gómez; y Sección Tercera, Sub-Sección C, Sentencia de 26-II-2014, Exp. 25.804, C.P. Enrique Gil Botero]. Observaciones prácticas al respecto: En los procesos de contratación sobre obras públicas no se tiene en cuenta el *menor precio* del interviniente, pero, sí se tiene en cuenta la capacidad económica residual del interesado para el cumplimiento oportuno y cabal del contrato (conocido como factor "K", ver, art. 3, Decreto 1510/2013); en los de adquisición o suministro de bienes y servicios, el *único* factor de evaluación es el *menor precio* ofrecido; y en los de selección de consultores se tienen en cuenta los aspectos *técnicos* de la oferta o proyecto (pero se pueden tener en cuenta factores como la experiencia y equipos de trabajo), y nunca el precio ofrecido.

Atenta contra el principio que nos ocupa, quebrantar y dividir la unidad natural de un contrato, para evitar licitaciones o concursos [Ver, C.E, S.C.A., Sección Tercera, Sub-Sección C, Sentencia de 31-I-2011, Exp. 17.767, C.P. Olga Valle de De la Hoz]. En cuanto a violación del proceso de selección objetiva, artículo 5, Ley 1150/2007, puede verse, C.E., S.C.A., la Sentencia de 3-XII-2007, arriba citada.

b). Principio de la economía: Arts. 41, Ley 80/1993; 23 de la Ley 1150/2007, y Ley 1483/2011. La función administrativa contractual se funda igual en el principio de economía y planeación de los contratos, porque el ente está obligado a planear económicamente el contrato, estructurar su parte financiera, y diseñar el presupuesto del mismo, de lo que se sigue que la "planeación" del contrato es definitiva. Las entidades estatales, a vía ilustrativa, deben hacer los estudios, diseños e investigaciones sobre la materia; prever que se cuente con los recursos económicos para costear el contrato; estudiar las conveniencias de la contratación; efectuar los cálculos financieros y económicos de las obligaciones a cargo del contratista; prever las apropiaciones para eventuales desequilibrios económicos contractuales; examinar los riesgos del contrato; determinar las garantías a cargo del contratista, su clase, monto y vigencia; el compromiso de vigencias futuras del ente contratante; y en general ocuparse del diseño integral del componente económico del contrato. [Ver, al punto, C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 10-X-2007, Exp. 26.076, C.P. Sigifredo Espinosa Pérez], y Sección Tercera, Sentencia de 16-VIII-2006, Exp. 15.162, C.P. Mauricio Fajardo Gómez]. Esta labor se cumple mediante los estudios técnicos del caso, en especial, en la etapa precontractual. Si el contrato carece de la suficiente planeación económica, entre otras, el contrato es inválido [C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sub-Sección C, Sentencia de 24-IV-2013, Exp. 27.315, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sub-Sección A, Sentencia de 13-XI-2013, Exp. 23.829, C.P. Hernán Andrade Rincón; y Su-Sección C, Sentencia de 20-X-2014, Exp. 26.637, C.P. Jaime Orlando Santofimio G]. El citado deber de planeación económica abarca no sólo el contrato sino también sus adiciones o modificaciones. Si la planeación económica se estructura comprometiendo vigencias futuras, se requiere la autorización del ente público correspondiente (tener en cuenta la Ley 1483/2011, y Decreto 2767/2012). [Ver, sobre vigencias futuras, C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sub-Sección B, Sentencia de 28-II-2013, Exp. 25.199, C.P. Danilo Rojas Betancur, y Sub-Sección C, Sentencia de 12-VIII-2014, Exp. 26.565, C.P. Enrique Gil Botero]. La autorización respectiva debe contener, al menos: El proyecto a que corresponda; el porcentaje o cuantía de la autorización; la fuente de financiación que se afecta; el tiempo de la afectación, y la autorización de quien ordena el gasto.

Sobre las exigencias para la fundamentación del proceso de selección, y la necesidad de adelantar estudios sectoriales, en el proceso de contratación, en particular, en la etapa precontractual, debe tenerse en cuenta lo dicho por el Decreto 1510 de 2013.

c). Principio de responsabilidad: (Arts. 4, 5, 7, 11, 26, 50, 51, 52, 53, 56 y 58, Ley 80/1993). Establece la responsabilidad contractual de tipo funcional y económico de los entes públicos, y se extiende a sus servidores y a los contratistas [Ver, Nums. 2 y 6, art. 26, de dicha ley]. Tiene varias manifestaciones:

c.1). Responsabilidad patrimonial proveniente de la actividad contractual del ente público (Art. 90 C.N.): El estado debe responder por los daños antijurídicos que le cause a un particular, en dicho ejercicio, que pueden provenir de una mala o deficiente contratación pública, o de la falta o insuficiencia o defecto de los procedimientos para la ejecución de los contratos. Las causas más comunes de esta responsabilidad patrimonial del ente estatal se debe a:

- La adjudicación ilegal en un proceso de selección: Obedece a no haber adjudicado el contrato a la "mejor oferta", conforme a los requisitos "habilitantes" y a los de "evaluación y puntaje" [Ver, C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sub-Sección A, Sentencia de 12-IX-2012, Exp. 24.938, C.P. Mario Fajardo Gómez; Sección Tercera, Sentencia de 27-XI-2002, Exp. 13.792, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Sección Tercera, Sentencia de 11-II-2009, Exp. 31.210, C.P. Enrique Gil Botero; Sección Tercera, Sub-Sección C, Sentencia de 22-V-2013, Exp. 24.560, C.P. Jaime Orlando Santofimio G].
- La privación ilegal que impide ejecutar un contrato ya celebrado: Este hecho compromete la responsabilidad patrimonial del ente público y origina el derecho del contratista a la indemnización de perjuicios por la que hubiera sido la utilidad plena [Ver, C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 2-V-2007, Exp. 15.599, C.P. Mario Fajardo Gómez].
- Declarar desierto el proceso habiendo una propuesta elegible, cuando no se dan las circunstancias para ello: Constituye abuso de la función administrativa contractual y genera indemnización de perjuicios a favor del participante de la propuesta elegible [Ver, C.E. S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 24-VI-2004, Exp. 15.234, C.P. Ricardo Hoyos Duque]. También se configura cuando se declara desierto el proceso ilegalmente, sin que los interesados sean evaluados.
- No celebrar el contrato habiendo adjudicación: La adjudicación confiere un derecho cierto a quien la gana. Se excusan los casos de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes en el adjudicatario [Var, arts. 9, Decreto 1150/2007, y Num. 12, art. 30, Ley 80/1993]. Es una falla contra el principio de la eficacia. [Ver, C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 31-X-2007, Exp. 15.023, C.P. Mario Fajardo Gómez; y Sección Tercera, Sub-Sección A, Sentencia de 26-XI-2014, Exp. 31.297, C.P. Carlos A. Zambrano Barrera].
- La terminación ilegal del contrato celebrado: Se exceptúan los casos de los artículos 17, 18 y 45, Ley 80/1993. Ej: Alegar la administración que existían razones de orden público, sin haberlas; o declarar ilegalmente la caducidad [Ver, C.E. S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 6-VI-2007, Exp. 17.253, C.P. Ruth Stella Correa P; Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 12-VII-2012, Exp. 15.024, C.P. Danilo Rojas Betancourth; Sección Tercera, Sub-Sección B, Sentencia de 29-IX-2011, Exp. 18.837, C.P. Danilo Rojas B; y Sección Tercera, Sentencia de 6-VI-2007, Exp. 17.253, C.P. Ruth Stella Correa P].

c.2). Responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, proponentes y contratistas: Si uno de éstos ocasiona un daño responde patrimonialmente, y si se demanda por ello al ente público, este último debe responder por la indemnización, y habiendo pagado, procede la acción de repetición directa con el agente dañino, esté o no vinculado al sector público [Ver, C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 28-V-1998, Exp. 10.624, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros]. En esta responsabilidad incurre además el contratista que en la propuesta para contratar fija condiciones económicas de contratación artificiales y bajas con relación al mercado, para obtener la adjudicación [Art. 26, Ley 80/1993, y C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 4-VI-2008, Exp. 17.783, C.P. Myriam Guerrero de Escobar], y en este caso la administración se exonera si el contratista alega presunto desequilibrio económico del contrato, o que ante el hecho no puede ejecutar el contrato.

c.3). Responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal de servidores públicos y contratistas (Arts. 408, 409 y 410 C.P.):

- La responsabilidad penal: Se tipifica en los artículos citados, y comprende la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades o incompatibilidades; tener interés indebido en la celebración del contrato; y celebrar el contrato sin los requisitos de ley. Se supone necesariamente la existencia de un contrato estatal, y debe establecerse la condición de servidor público o de contratista. En lo penal el contratista, interventor, consultor o asesor cumple funciones públicas en el campo contractual. Si la actuación del particular se limita a realizar un acto que no involucra la función pública, no se incurre en el ilícito, pero, a contrario sensu, asume responsabilidad penal si obra como concesionario, administrador o administrador delegado o se le encomienda prestar un servicio público, conforme a un contrato público, porque son funciones propias del Estado. Se enfatiza, si en el contrato no hay transferencia de una función pública, el contratista sigue siendo un particular. El contratista responde penalmente como colaborador estatal para la utilidad pública. Los servidores públicos responden penalmente siempre, y los contratistas sólo cuando se le transfieren funciones públicas [Ver, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 13-III-2006, Exp. 24.833, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés; Sentencia de 23-IX-2003, Exp. 17.089, Mp: Edgar Lombana Trujillo; y Sentencia de 20-X-2010, Exp. 32.686, M.P. María del Rosario González de Lemus].
- La responsabilidad disciplinaria de servidores públicos y contratistas: Responden los servidores públicos, aunque estén fuera de servicio, y los particulares señalados por la ley (Ej: los que cumplen labores de interventoría o supervisión en contratos estatales, o ejerzan funciones públicas, o prestan servicios públicos relacionados con el artículo 366 de la C.N., o administran recursos públicos). Se incluye a los particulares que ejercen funciones públicas permanentes o transitorias (esto es, cuando cumplen funciones administrativas o actividades propias de los entes del Estado), en la medida que las ejerzan [Ver, C.E., Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1767 de 10-VIII-2006, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo]. Se repite, el contratista sólo responde disciplinariamente si cumple funciones públicas, o sea, funciones en que se exterioricen las potestades inherentes al Estado, cuando se pruebe su habilitación legal [Ver, arts. 53, Ley 734/2002, y 44, Ley 1474/2011]. El contratista que recibe anticipos en un contrato estatal, ejerce función pública de administración de dichos valores, y responde disciplinariamente.
- Responsabilidad fiscal de servidores públicos y contratistas (Art. 3, Ley 610/2000): Comprende a los servidores públicos y a los contratistas, siempre que ejerzan función fiscal, mediante la realización de operaciones o actividades económicas, jurídicas o tecnológicas, o manejen o administren recursos o fondos públicos, relacionadas con bienes públicos (como su adquisición, planeación, conservación, administración, explotación, enajenación, entre otros, o el recaudo, manejo o inversión de sus rentas para cumplir los fines esenciales del Estado [Ver, art. 3, Ley 610/2000]. Se incurre en responsabilidad por dolo o culpa y obligas a indemnizar al ente público por el daño patrimonial causado (detrimento patrimonial), [Ver, art. 4, ibídem]. [Ver, C.E., S.C.A., Sección Primera, Sentencia de 17-VII-2008, Exp. 20001-00310, C.P. Martha Sofía Sanz Tobón].
- Responsabilidad en el ejercicio de manejo y dirección de la función administrativa contractual (Art. 26, Ley 80/1993): Se manifiesta en la dirección y manejo de la actividad contractual y en los procesos de selección, y la asume el jefe directo

[Ver, Num. 6, art. 26, citado], sin perjuicio que puedan delegar o desconcentrar tales funciones, lo que no evita su responsabilidad personal directa. En ejercicio de la función administrativa contractual los jefes o representantes de las entidades públicas, en especial, del principio de responsabilidad, pueden no seguir o separarse de la opinión de los comités de evaluación de las propuestas, en todo tipo de proceso de selección, sin incurrir en la citada responsabilidad, según lo permite el numeral 5, del artículo 26 en referencia [Ver, C.E., S.C.A., Sección tercera, Sentencia de 7-IX-2004, Exp. 13.790, C.P. Nora Cecilia Gómez Molina].

d). El principio de la ecuación económica y financiera del contrato estatal (Arts. 4 #s 3 y 8 -- 5 # 1, e Inc. 2 del # 3 -- 14, Inc. 1, # 1 -- 27 – 28 – 25 #s 13 y 14 -- entre otros). Estas normas no se aplican a los contratos de entes públicos sometidos al derecho privado [Ver, C.E. S.C.A., Sección Tercera, Sub-Sección B, Sentencia de 26-VII-2012, Exp. 22.756, C.P. Danilo Rojas Betancourth]. Si el ente estatal en ejercicio de facultades exorbitantes modifica legalmente el contrato en cuanto a su ejecución, está obligado a mantener el equilibrio económico del mismo. Para determinar si se presenta desequilibrio económico hay que distinguir si se trata de un riesgo inherente a la ejecución o un riesgo propio del negocio. Los primeros causan tal desequilibrio y el riesgo lo asume el ente público; los segundos no lo causan y los asume el contratista (por su conocimiento del negocio con que interviene), [Ver, C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sub-Sección B, Sentencia de 6-XII-2013, Exp. 21.613, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; y Sección Tercera, Sub-Sección B, Sentencia de 26-II-2013, Exp. 25.199, (caso de reclamo del IVA), C.P. Danilo Rojas Betancourt].

Las "causas" generadoras de desequilibrio económico del contrato estatal son:

d.1). El ejercicio de cláusulas excepcionales: Puede provenir de la modificación unilateral del contrato, o de su terminación unilateral. Ejemplo de la primera situación la introducción unilateral al contrato de obligaciones, obras o adiciones que lo modifican, alterando su estructura económica. En la segunda la administración lo termina unilateralmente cuando las exigencias del servicio público lo requieren, sin culpa del contratista (Num. 1, art. 17, Ley 80/1993), [Ver. C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 16-VIII-2006, Exp. AP-2003-02084-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio].

d.2). El hecho del príncipe: Se trata de actos de carácter general (normas) que provienen directamente de la entidad pública que contrata (y no de otra), en ejercicio de sus poderes, que afectan la ejecución del contrato, y sin injerencia del contratista [Ver, C.E., S.C.A., Sentencia de 29-V-2003, Exp. 14.577, C.P. Ricardo Hoyos D]. Se entiende por entidad pública contratante la que directamente aparezca contratando (Nación, Dpto, Mpio) y realice la actuación "del príncipe", o una persona o dependencia suya, que lleve a cabo la expedición de la norma general, que afecta al contrato [Sección Tercera, Sentencia de 18-IX-2003, Exp. 15.119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra]. Son requisitos para la configuración del hecho del príncipe: La expedición de un acto general e impersonal (abstracto), la incidencia directa o indirecta de tal acto en el contrato, la generación extraordinaria o anormal de la ecuación financiera del contrato por la vigencia del acto general y abstracto, y la imprevisibilidad de la expedición de dicho acto después de celebrado el contrato [Ver, C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 29-V-2003, Exp. 14.577, C.P. Ricardo Hoyos Duque]. Ejemplo: La reducción posterior al contrato de la tasa o contribuyentes de un impuesto con que se financia un contrato estatal [C.E., Sala de lo C.A., Sección Tercera, Sub-Sección C, Sentencia der 30-I-2013, Exp. 24.020, C.P. Enrique Gil Botero].

d.3). La imprevisión: Se altera el equilibrio de la ecuación del contrato por la ocurrencia de sucesos o acontecimientos anormales, imprevistos y extraños al contrato, después de celebrado el contrato (ejecución), cuando ellos tienen la capacidad cambiar las condiciones previstas haciéndolo más gravoso y oneroso para el contratista [Ver, C.E., Sala de lo C.A., Sentencia de 29-V-2003,

Exp.14.577, C.P. Ricardo Hoyos Duque]. Sus requisitos son: La existencia de un hecho o suceso externo y ajeno a las partes; la ocurrencia posterior a la celebración del contrato; Que el suceso o evento afecte o altere de manera extraordinaria y anormal la ecuación financiera; y que no haya sido razonablemente previsible al momento de celebrar el contrato. Los hechos no comprendidos en los "hechos del príncipe" quedan cobijados por la teoría de la imprevisión [Ver, Sentencia de 29-V-2003]. La indemnización al contratista se limita a los mayores costos, gastos, o pérdidas que obtenga por esta causa, para que se reubique en la situación de no pérdida, pero no abarca una indemnización integral o plena [Ver. C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sub-Sección B, Sentencia de 26-VI-2012, Exp. 21.900, C.P. Ruth Stella Correa P].

d.4). El incumplimiento contractual: El incumplimiento del contrato por la administración puede causar su desequilibrio y perjudicar al contratista (aunque, a este respecto se discute la pertinencia de esta teoría), [Ver, C.E., S.C.A., Sección Tercera, Sentencia de 29-IV-1999, Exp. 14.855, C.P. Daniel Suárez Hernández; y Sub-Sección B, Sentencia de 29-X-2012, Exp. 21.429. C.P. Danilo Rojas Betancur].

© D.R.A.