

**CONSECUENCIAS DE LA NO APLICACIÓN DE LOS PRIVILEGIOS DE LA
ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN/CLÁUSULAS (CASO
MUNICIPIO DE POTOSÍ – DEPARTAMENTO DE NARIÑO)**

KELLY ALBERTO CAICEDO BUSTOS

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO-JURIDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PASTO
2008**

**CONSECUENCIAS DE LA NO APLICACIÓN DE LOS PRIVILEGIOS DE LA
ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN/CLÁUSULAS (CASO
MUNICIPIO DE POTOSÍ – DEPARTAMENTO DE NARIÑO).**

KELLY ALBERTO CAICEDO BUSTOS

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN
Para Optar Al Título De Especialista en Derecho Administrativo**

**Doctora: ANA MARIA JURADO
Asesor**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO-JURIDICOS
PASTO
2008**

Las ideas y conclusiones aportadas en este trabajo de grado, son de responsabilidad exclusiva de sus autores.

Artículo primero del acuerdo 324 de octubre once (11) de mil novecientos sesenta y seis (1966), emanado del Honorable Consejo Directivo de La Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACIÓN

ACEPTADA

Doctora: ANA MARIA JURADO
Asesor

Doctor: LEONARDO ENRIQUEZ
Jurado

Doctora: CLARA INES LOPEZ D.
Jurado

*"Mis agradecimientos a cuantas personas han
hecho posible la realización del presente trabajo"*

CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN

1. CONTEXTUALIZACIÓN NORMATIVA EN MATERIA CONTRATACIÓN	12
1.1. CARACTERISTICAS GENERALES ESTATUTO CONTRACTUAL	14
1.1.1. PRINCIPIOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN	15
1.1.2. MODALIDADES CONTRATACIÓN	17
1.1.2.1. Licitación Publica	27
1.1.2.2. Contratación Directa	27
1.1.2.3. Contratación Abreviada	32
1.1.2.4. Concurso de Meritos	33
1.1.4. CLASES DE CONTRATOS	34
1.2. REGLAS BASICAS DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN	34
1.2.1. PLANEACION DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	36
1.2.2. DE LA SELECCIÓN DE CONTRATISTAS	36
1.2.3. DEL PERFECCIONAMIENTO Y LEGALIZACIÓN DEL CONTRATO	37
1.2.4. DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS	38
1.2.5. INTERVENTORIA Y SUPERVISIÓN	39
1.2.6. DE LA ADICIÓN, CESION, SUSPENSIÓN, TERMINACION Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO	39
1.3. DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	46
2. LOS PRIVILEGIOS DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN/ CLAUSULAS	46
2.1. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL DE LAS CLAUSULAS EXCEPCIONALES	48
2.2. MARCO REFERENCIAL	52
2.2.1. ANTECEDENTES	52
2.2.2. MARCO JURÍDICO	54
2.2.2.1. Marco Constitucional	54
2.2.2.2. Marco Legal	55
2.2.2.3. Marco Jurisprudencial	63
2.2.1.3.1. Corte Constitucional	63
2.2.1.3.2. Consejo De Estado	64
2.2.1.4. La Doctrina	66
3. DE LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL MUNICIPIO DE POTOSÍ – NARIÑO	67
3.1. COMPETENCIAS EN EL PROCESO CONTRACTUAL	67
3.2. ESTUDIO DE CASO	68

3.3.	ANÁLISIS DE LA INFORMACION Y RESULTADOS	69
3.4.	OBSTÁCULOS APLICACIÓN DE CLÁUSULAS EXCEPCIONALES	74
3.5.	CONSECUENCIAS DE LA NO APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL MUNICIPIO DE POTOSÍ –NARIÑO Y MEDIDAS PARA MEJORARLO	75
	CONCLUSIONES	77
	BIBLIOGRAFÍA	78

INDICE DE TABLAS

Tabla 1.	Nivel Educativo Del Encuestado	
Tabla 2.	Conocimiento en general sobre el procedimiento contractual Etapas precontractual, contractual y ejecución en el Municipio Potosí (N).	70
Tabla 3.	Existe Delegación en materia de Contratación en el Municipio de Potosí (N)	70
Tabla 4.	Conocimiento de las Cláusulas excepcionales consagradas Ley 80 de 1993.	71
Tabla 5.	Periodo en el cual usted se los encuestados se ha desempeñado en su cargo y el número de casos en los cuales se aplicaron las cláusulas Excepcionales en los 3 últimos años.	72
Tabla 6.	En caso de incumplimiento del contrato conoce cual el procedimiento a seguir.	73
Tabla 7.	Las consecuencias de la no aplicación Cláusulas excepcionales.	74
Tabla 8.	Hallazgos Fiscales de la Contraloria Departamental de Nariño por la no aplicación de las cláusulas excepcionales.	75
Tabla 9.	Investigaciones Disciplinarias por la no aplicación cláusulas excepcionales. (Últimos 3 años)	75

RESUMEN

Una vez iniciado el contrato, las principales actividades de las entidades publicas, deberán estar relacionadas con el control del Estado y avance de la ejecución contractual, la autorización de soportes y cuentas de cobro, los pagos ordinarios, reajustes, modificaciones, contratos adicionales etc., para ajustarlo a la realidad de su ejecución y hacer uso de las potestades discrecionales y excepcionales en caso de ser necesario para salvaguardar los intereses del Estado.

La Administración tiene la facultad de ejercitar los poderes que le concede la ley, cuando se cumplen los supuestos previstos al efecto; el incumplimiento del contratista es supuesto del ejercicio de unos de esos poderes.

Estas potestades del Estado, se constituyen en unos de los instrumentos más idóneos y adecuados para la salvaguarda del interés publico de la administración.

Sin embargo, por diferentes causas que pretendemos identificar, los entes territoriales omiten estos procedimientos y que en ultimas generan detrimento patrimonial, no ejecución de los contratos, demandas contra el Estado, procesos penales, disciplinarios en contra de servidores públicos que no hacen uso de la facultad exorbitante o lo hacen tardíamente.

ABSTRACT

Once initiate the contract, the main activities of the entities publish, they will be related with the control of the state and advance of the contractual execution, the authorization of supports and collection bills, the ordinary payments, readjust, modifications, contracts additional etc., to adjust it to the reality of their execution and to make use of the discretionary and exceptional imperious in the event of being necessary to safeguard the interests of the State.

The Administration has the ability to exercise the powers that it grants him the law, when the suppositions are completed foreseen to the effect; the contractor's nonfulfilment is supposed of the exercise of some of those powers.

These imperious of the State, are constituted in some of the most suitable and appropriate instruments for the safeguard of the interest I publish of the administration.

However, for different causes that we seek to identify, the territorial entities omit these procedures and that in you finish they generate patrimonial detriment, non execution of the contracts, demands against the State, penal processes, disciplinary against public servants that don't make use of the exorbitant ability or they make it belatedly.

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo, radica en examinar las consecuencias de la conducta omisiva por parte de la administración de no ejercitar sus los poderes que le concede la ley en materia de contratación administrativa, caso concreto en el Municipio de Potosí (N), sobre todo de tipo legal y responsabilidades, para luego proponer algunas recomendaciones dirigidas al ente municipal para mejorar la situación planteada.

Una vez realizada una descripción y contextualización del tema en el marco de la ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 , decreto 066 de 2008 y normas afines, se procederá analizar la información y resultados de la encuesta para determinarlas referidas consecuencias.

La Administración tiene la facultad de ejercitar los poderes que le concede el estatuto contractual, (Cláusulas excepcionales), cuando se cumplen los supuestos previstos al efecto; el incumplimiento del contratista es supuesto del ejercicio de unos de esos poderes.

Estas potestades del Estado, se constituyen en unos de los instrumentos más idóneos y adecuados para la salvaguarda del interés publico de la administración en materia de contratación estatal.

Sin embargo, por diferentes causas que pretendemos identificar, los entes territoriales omiten estos procedimientos y que en ultimas generan detrimento patrimonial, no ejecución de los contratos, demandas contra el Estado, procesos penales, disciplinarios en contra de servidores públicos que no hacen uso de la facultad exorbitante o lo hacen tardíamente.

La omisión de la administración de ejercitar sus potestades en materia de contratación cuando las circunstancias lo requieren o hacerlo extemporáneamente, genera responsabilidad contractual generalmente por detrimento patrimonial.

De ahí la importancia frente al acaecimiento de situaciones durante la ejecución del contrato que demanden una respuesta de la entidad que se traduzca en una gestión eficiente se recomienda fortalecer la actividad gerencial y la definición de adecuados criterios de gestión en la administración del contrato.

1. CONTEXTUALIZACIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE CONTRATACION

El régimen de contratación pública Colombiana se encuentra regido principalmente por el artículo 209 de la Constitución Política y Estatuto General de la Contratación pública contenida en la ley 80 de 1993, la reforma introducida por la ley 1150 de 2007 y Decreto reglamentario 066 de 2008, que principalmente modifican disposiciones generales en materia de publicidad y selección objetiva en los procesos de contratación pública más no tocan lo relacionado con el tema de las cláusulas excepcionales.

La Ley 80 de 1993, consagró las llamadas cláusulas excepcionales de los contratos (dentro de las cuales se encuentran las de terminación unilateral y la de caducidad), como medidas que le permiten al Estado cumplir con los fines propios de su naturaleza en aquellos eventos excepcionales que se presenten en el desarrollo de los contratos suscritos.

Esta denominación de excepcionales, obedece al hecho de que las mismas son totalmente extrañas al derecho común pues, en síntesis, otorgan a una de las partes poderes y prerrogativas que no tienen cabida dentro de la teoría general de los contratos y cuya justificación se encuentra en los intereses y los fines que busca la administración pública, mediante la actividad contractual.

El legislador ha establecido en que casos precisos pueden ser ellas aplicadas. Así, la terminación unilateral sólo podrá alegarse en la medida en que con ella se busque prevenir los perjuicios que se le derivarían al Estado frente a uno cualquiera de los hechos contemplados en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, aclarando que esta medida no busca sancionar al contratista pues no parte de su incumplimiento; a su vez, con la caducidad se busca, dentro de la finalidad antes señalada, sancionar al contratista que ha incumplido con las obligaciones que le señalan la ley y el respectivo contrato.

Entonces, la omisión de la administración de ejercitar sus potestades en materia de contratación cuando las circunstancias lo requieren o hacerlo extemporáneamente, genera responsabilidad contractual generalmente por detrimento patrimonial.

De ahí la importancia, que frente al acaecimiento de situaciones durante la ejecución del contrato que demanden una respuesta de la entidad, se traduzca en una gestión eficiente se recomienda fortalecer la actividad gerencial y la definición de adecuados criterios de gestión en la administración del contrato.

Sobre esta materia y en la mayoría de los casos, las entidades publicas, son conscientes de algunas falencias que afectan la ejecución del contrato o de hechos que se presentan intempestivamente y que una vez acaecidos exigen una acción de la entidad que si no adopta los correctivos necesarios para garantizar la buena marcha del contrato o lo hace extemporáneamente, estaría incumpliendo con uno de los fines de la contratación Administrativa, como lo es, vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad.

Generalmente, la corrupción, la falta de transparencia en la contratación publica, funcionarios no capacitados, indebida asesoria jurídica o desconocimiento, son algunas de las causas que inciden en la violación del referido principio de contratación estatal y desvió de poder por apartarse del interés general que rige la función publica.

Pero, podemos encontrar también situaciones, que se identifican con la desviación de poder en la contratación administrativa, más concretamente relacionadas con el proceso de selección de contratistas y elaboración de los pliegos de condiciones.

El literal b) del numeral 5° del artículo 24 de la ley 80 de 1993 establece que los pliegos de condiciones deben contener reglas objetivas, justas, claras y completas que aseguren una escogencia objetiva, lo contrario puede constituir en un indicio en contra del funcionario que toma la decisión de adjudicar el contrato. Ejemplos:

- Cuando la elección se encuentra demasiado ajustada, no otorgando un plazo razonable y proporcionado a los oferentes para elaborar su propuesta.
- Las especificaciones técnicas del objeto a contratar se establecen de tal manera que no hay posibilidades que otros pueden presentar ofertas, por cuanto se detalla de tal manera lo que se quiere contratar que solo un oferente puede cumplir con los requisitos exigidos.
- Cuando las condiciones financieras no son razonables con respecto a las necesidades del Estado de proteger sus propios intereses y se convierte en una limitante del proceso de selección donde solo unos pocos pueden cumplir, las exigencias para evaluar la experiencia general y específica del oferente se establecen de tal manera que muy pocos o uno puede cumplir con los requisitos exigidos.
- Cuando las exigencias que deben cumplir las propuestas sobre el persona mínimo exigido son desproporcionadas con respecto al objeto a contratar, generando exclusión de otros oferentes igualmente idóneos.
- La declaratoria de urgencia manifiesta que evita la publicidad del proceso de selección y le permite a la administración contratar sin solicitar ofertas etc.

Estas desviaciones de poder significan que el contrato no cumpla con las finalidades estatales sino los propósitos particulares del servidor público y en esos términos deberá entrar a responder fiscalmente por el detrimento al patrimonio público, puesto que de no presentarse este desvío de poder, el contrato nunca se hubiese celebrado.

La necesidad de celebrar el contrato no está justificada, así que el funcionario público deberá devolver con su propio patrimonio lo que le obligó a gastar al Estado sin requerirse.

1.1. CARACTERISTICAS GENERALES DEL ESTATUTO CONTRACTUAL.

La Ley 80 de 1993, establece el marco legal para regular las relaciones contractuales del Estado, así mismo, la reforma contenida ley 1150 de 2007 y Decreto 066 de 2008.

"El Estatuto Contractual, se caracteriza especialmente por constituir un cuerpo normativo de principios y de reglas generales que deben regir la contratación de las entidades estatales en todos los órdenes y niveles de la administración, cuyas disposiciones buscan establecer lo necesario para que la gestión pública contractual se adelante con agilidad y eficiencia en el contexto de los principios de transparencia, economía y responsabilidad (...)

El principio de la normatividad de los actos jurídicos que, en lo que al contrato concierne, implica que el acuerdo de las partes legalmente celebrado es una verdadera ley que deben acatar y cumplir. Este acuerdo que lleva la impronta de obligatoriedad, es precisamente el que debe regular las principales relaciones jurídicas que del contrato se derivan, sin perjuicio, claro está, de las normas imperativas y de aquellos aspectos relacionados, por ejemplo, con la competencia, los procedimientos de selección y las potestades excepcionales que, por pertenecer al ámbito propio del derecho público, no pueden quedar al arbitrio de las partes. De esta forma se pretende promover la capacidad de gestión y administración de los servidores públicos para el cumplimiento de los objetivos encomendados a la entidad estatal a su cargo, confiriéndoles así una mayor autonomía, pero en el marco de un estricto régimen de responsabilidad correlativo".¹

¹ RODRÍGUEZ ARIAS Lino. "La regla de derecho es la respuesta más enfática a los problemas del poder y de la libertad". 2da, Edición. Bogota: Editorial TEMIS 2003. Pag 134.

1.1.1. Ámbito de Aplicación: La contratación pública o administrativa, tiene lugar cuando las entidades públicas contratan con personas jurídicas o naturales del sector público o privado, para cumplir con algunas de sus obligaciones. Generalmente se ha asociado a la prestación de servicios públicos, a la construcción de obras, suministros etc.

Las partes dentro del proceso de contratación son dos: el Contratante, que paga por recibir el bien o servicio que contrata. Para el caso es el Estado y el contratista, que provee el bien o servicio contratado y recibirá un pago por ello.

En los artículos 2º y 11º, de la ley 80 de 1993, se definió quienes serían entidades estatales y sus representantes legales para efectos de la aplicación del estatuto de contratación.

Dentro de la enunciación de entidades que se encuentran sometidas al régimen del estatuto se denominó igualmente entidades estatales a las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, especialmente para lo referente al desarrollo de convenios interadministrativos.

Sin embargo, con la expedición de la ley 1150 de 2007, se retiró el carácter de entidades estatales a estas cooperativas y asociaciones, al derogarse expresamente el párrafo segundo del artículo segundo de la ley 80 de 1993.

El artículo 14 de la ley 1150 de 2007, estableció que se aplicarán las normas del estatuto general de contratación de la administración pública a las empresas industriales y comerciales del estado y a las sociedades de economía mixta en las que el estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales, y las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del estado superior al cincuenta por ciento (50%), salvo aquellas entidades que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o que desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias.

Por su parte el art. 15 de la ley 1150 de 2007, modificó el párrafo primero del artículo 32 quedando en los siguientes términos: “Párrafo 1. Los contratos que celebren los Establecimientos de Crédito, las compañías de seguro y las demás entidades financieras de carácter estatal, no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto de Contratación de la Administración Pública y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

El art. 16 de la ley 1150 de 2007 relacionó unas entidades del sector defensa a las cuales no se les aplicará el Estatuto de contratación de la Administración Pública, estas entidades son: SATENA; INDUMIL; HOTEL TEQUENDAMA; COTECMAR

CORPORACION DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA PARA EL DESARROLLO DE LA INDUSTRIA NAVAL, MARITIMA Y FLUVIAL; y LA CORPORACION DE LA INDUSTRIA AERONAUTICA COLOMBIANA (CIAC).

Otras entidades a las cuales no se les aplica el estatuto contractual son:

- 1) Las universidades estatales, que tiene un régimen propio que corresponde a la ley 30 de 1992, en donde el art. 57 dispuso que los contratos se regirían por las normas civiles y comerciales.
- 2) El Banco de la Republica que se regula por la ley 31 de 1992, y que en su artículo 3o remite en sus operaciones a las normas civiles y comerciales; las
- 3) Empresas Sociales del Estado que se regulan por la ley 100 de 1993, en donde el numeral 6o del art. 195 estableció que se regirían por las normas civiles y comerciales.
- 4) En telecomunicaciones no tienen vigencia los criterios de selección previstos en la Ley 80 de 1993 al señalar su artículo 38 que las actividades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones y los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcciones, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen, no estarán sujetos a los procedimientos de selección previstos en el Estatuto Contractual, debiendo sí en sus estatutos internos determinar las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, de acuerdo con la naturaleza propia de cada uno de ellos, así como los procedimientos y las cuantías a los cuales deben sujetarse para su celebración.

Se mantiene en este régimen los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en la Ley 80 de 1993.

Todas estas entidades se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad, pero de todas maneras se someterán a lo previsto en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007, esto es, que las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de la actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículo 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

1.1.2. Principios en Materia de Contratación.

Son imperativos de interés general, que determinan que el Estatuto Contractual sea de aplicación general.

De conformidad con el párrafo del artículo 2do. del decreto 066 de 2008, para la selección de los contratistas se aplicarán los principios de economía, transparencia y responsabilidad contenidos en la Ley 80 de 1993 y los postulados que rigen la función administrativa.

a. Transparencia.- Se establece que la generalidad de la contratación estatal debe hacerse mediante licitación, concurso de méritos, contratación directa y abreviada, modalidades diseñadas para que el acto de contratar con el Estado, sea reglado, objetivo, claro y justo que aseguren la escogencia objetiva y sea accesible a toda persona natural o jurídica que se considere con las capacidades necesarias para cumplir con el objeto de un determinado contrato.

Con la fijación de este principio contractual, se ha pretendido evitar que la contratación pública se convierta en un negocio de unos pocos, que por cuenta de vínculos preferenciales (amistad, parentesco, intereses comerciales, entre otros con círculos de poder en el Estado), obtengan contratos para los cuales no necesariamente cuentan con la capacidad requerida y que de otra manera hubieran podido ser desarrollados más eficientemente por otros contratistas.

El artículo 32 de la ley 1150 de 2007 derogó el numeral primero del artículo 24 de la ley 80 de 1993 que a su letra establecía: *“1.- La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación pública o concurso público, salvo en los siguientes casos que se podrá contratar directamente:...”*

El referido numeral regulaba el contenido orientador de uno de los principios de la contratación estatal como era el principio de transparencia.

Como solo fue derogado el numeral primero del artículo 24 de la ley 80, los otros numerales siguen vigentes y ello implica que se tienen que considerar para efectos del entendimiento del principio de transparencia.

Por lo anterior, se consagra igualmente en el numeral segundo del artículo 24 de la ley 80 de 1993, la obligación de las entidades de someter a contradicción los informes de evaluación, que se traduce en que todos los procesos de selección deberán establecer un término para que los oferentes presenten observaciones al informe de evaluación de las ofertas.

Esto quiere decir que los procesos de selección concebidos por la ley 1150 de 2007 deberán tener en consideración el contenido de este numeral, en cuanto a que se deberá garantizar el derecho de contradicción de los oferentes.

Los numerales tercero y cuarto del artículo 24 de la ley 80 de 1993, consagraron respectivamente, por una parte que las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes estarán abiertos al públicos, permitiendo tanto en la

licitación pública como en los otros procesos de selección el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Nacional, que se refiere a la adjudicación de una licitación en audiencia pública por solicitud del organismo de control fiscal correspondiente.

Por su parte el numeral 15 del artículo 25 de la citada norma, establecía que la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

Este artículo fue expresamente derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, sin embargo dicha norma amplia este principio introduciéndolo en el principio de selección objetiva regulado en el artículo 6o y que en su párrafo señaló:

“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la designación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados previo a su realización”.

b. Economía.- Este principio tiene varias dimensiones desde las cuales debe ser abordado, en primer lugar se invita a la necesaria eficiencia en el manejo de los recursos estatales, ya que por la naturaleza pública de los mismos, éstos no se pueden dilapidar, y en segundo lugar pretende aminorar los costos de la contratación, mediante la utilización de los procedimientos mínimos o esenciales para el desarrollo del proceso contractual, con el fin de evitar trámites innecesarios que fuera de su costo, también incentivan prácticas corruptas.

Del lado de la protección de los recursos del Estado, para evitarle costosas demandas por incumplimiento en los pagos de lo contratado, la ley 80 de 1993 determinó que para adelantar el proceso contractual es necesario contar con las partidas y disponibilidades presupuestales que respalden el pago al contratista.

Cabe anotar que dentro de dichos recursos se deben incluir montos para cubrir imprevistos o ajustes económicos al contrato, entre otros eventos.

También está la inclusión de estudios y análisis previos que sustentan la necesidad de contratar determinado bien o servicio, con lo cual se pretende evitar el despilfarro de los recursos públicos y priorizar la utilización de los mismos.

Por otra parte, para proteger al Estado del incumplimiento de contratista, la ley determinó que es obligación de este último suministrar una póliza de garantía que cubra al Estado del incumplimiento en lo ofrecido en la propuesta al Estado y de las obligaciones derivadas del contrato hasta su liquidación, por el tiempo en el cual los efectos del contrato se prolonguen al futuro y la aplicación de cláusulas excepcionales como prerrogativas de la administración en materia contractual.

Se establece que observando el principio de economía, se adelanten las acciones tendientes a desarrollar el proceso contractual, *"en austeridad de tiempo, medios y gastos"*.

El numeral 6to., del artículo 25 de la ley 80 le ordena a las entidades estatales que con anterioridad a la apertura de los procesos de selección deberán existir las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales. Lo anterior incluye el trámite de vigencias futuras de manera previa cuando se trate de proyectos que se ejecuten en distintas vigencias.

Adicionalmente el numeral séptimo del artículo 25 consagra la obligación para las entidades estatales de la calificación de la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar.

El numeral 12 del artículo 25 consagra igualmente la obligación por parte de la entidades estatales de elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos con anterioridad a la apertura de procesos de selección.

También en aras de preservar este principio, la ley 598 de 2000, estableció que para consultar los precios del mercado durante el proceso contractual, se debe tomar como referencia el reporte del Registro Único de Precios de Referencia (RUPR-SICE) cuando los bienes a contratar se encuentren allí registrados.

El artículo 8o de la ley 1150 de 2007 implantó una obligación para las entidades estatales en relación con la publicidad de los estudios previos junto con los proyectos de pliegos de condiciones, con lo cual se confirma su condición de anteriores a la apertura de los procesos de selección.

Por su parte el artículo 43 del Decreto 066 de 2008, dispone que las bolsas de productos deben registrarse en el portal del SICE, a más tardar dentro de los

primeros cinco días hábiles del mes, de acuerdo con las instrucciones allí publicadas, tanto los contratos de comisión, como las operaciones que por cuenta de entidades estatales se hayan realizado en el mes inmediatamente anterior de conformidad con las normas precedentes.

Así mismo, ordena que se registraran los precios de intención de venta que se hayan presentado durante las negociaciones, que hayan conducido a cada una de las operaciones.

c. Responsabilidad.- Con la inclusión de este principio, se busca atacar de frente la inexistencia de funcionarios responsables de la contratación en las entidades públicas, lo cual sin duda se convierte en un incentivo para efectuar prácticas corruptas al no haber posibilidades de sanción.

Desde la expedición de la ley 80 de 1993, la función de contratar quedó en cabeza del jefe o representante legal de la entidad que contrata, el cual puede delegarla pero en personal de índole ejecutivo.

Se reitera la obligación de los servidores públicos, de proteger en todo momento del proceso contractual los intereses del Estado, sin actuar en contra del contratista o de terceros.

Se materializa lo anterior, en las sanciones que tienen los servidores públicos que siendo responsables de la contratación, no adelantan los estudios previos que justifiquen el objeto a contratar o cuando la información suministrada como los pliegos de condiciones o términos de referencia, son confusos.

El artículo 26 de la ley 80 de 1993, establece que la responsabilidad del manejo y la dirección de la actividad contractual y de los procesos de selección será del jefe o representante legal quien no podrá trasladarla entre otros a sus comités asesores.

Sobre el particular, la ley 1150 en su artículo 21 introdujo en el artículo 12 de la ley 80 de 1993 un inciso y un párrafo en los siguientes términos:

“Artículo 21. De la delegación y la desconcentración para contratar. El artículo 12 de la Ley 80 de 1993, tendrá un inciso 2° y un párrafo del siguiente tenor:

(...) En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual. Parágrafo. Para los efectos de esta ley, se entiende por desconcentración la distribución adecuada del trabajo que realiza el jefe o representante legal de la entidad, sin que ello implique autonomía

administrativa en su ejercicio. En consecuencia, contra las actividades cumplidas en virtud de la desconcentración administrativa no procederá ningún recurso”.

Consideramos que el texto que agrega la ley 1150 de 2007 es una reiteración del régimen de responsabilidades que se estableció con respecto de la delegación por cuanto cuando se habla de deber de control y vigilancia, se está excluyendo la actuación dolosa o culposa, por lo tanto, si el funcionario que delega actúa con diligencia y cuidado no entrará a responder por las actuaciones de su delegatario, por el contrario, si se comprueba que actuó de manera negligente y descuidada, responderá de manera solidaria por las acciones u omisiones de su delegatario.

Con respecto a este principio, diremos que la responsabilidad no sólo se establece para los servidores del Estado, ya que el contratista es responsable por la veracidad de la información que da a la entidad estatal en su propuesta y por la buena calidad de los bienes o servicios prestados al Estado.

Para evitar que esto suceda las entidades podrán en los pliegos de condiciones establecer reglas que rechacen ofertas por debajo de presupuestos que se consideren artificialmente bajos.

Sobre este punto, cabe señalar que como una práctica recurrente dentro de las entidades estatales, se había previsto dentro de los pliegos de condiciones, el cobro de dichos pliegos como un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, que de no cumplirse generaba el rechazo del ofrecimiento efectuado.

Esta práctica administrativa fue prohibida expresamente por el párrafo cuarto del artículo segundo de la ley 1150 de 2007 que estableció que las entidades estatales no podrán exigir el pago de valor alguno por el derecho a participar en un proceso de selección, razón por la cual no podrán ser objeto de cobro los pliegos de condiciones o términos de referencia.

Otro aspecto que modifica el contenido de los pliegos de condiciones con la expedición de la ley 1150 se encuentra en una obligación que se le impuso a la administración en relación con la distribución de riesgos, señala el artículo cuarto lo siguiente:

Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles involucrados en la contratación.

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

Otra novedad relacionada con los pliegos, es la establecida en el artículo 6º de la ley 1150 consiste en que cualquier contrato cuyo contratista sea seleccionado por licitación pública o por alguno de las causales de proceso de selección abreviada obliga a requerir la inscripción en el registro único empresarial que estará a cargo de las Cámaras de Comercio, entidad que está obligada antes de registrar al interesado, en exigir una documentación para acreditar capacidad jurídica, capacidad financiera, experiencia y organización de los proponentes.

Por lo anterior y de acuerdo con el art. 5o de la ley 1150, las entidades no exigirán en los pliegos de condiciones la acreditación de estos requisitos, pues ya previamente la valoración la hizo la Cámara de comercio y por otro lado, ya no serán objeto de puntuación sino simplemente de verificación, en donde se establece un mínimo de requisitos con los cuales se habilita o no el participante.

Es importante resaltar que dentro de los pliegos de condiciones elaborados por las entidades estatales, se había establecido dentro de los requisitos de participación la solicitud de certificados de gestión de calidad, bien como requisito habilitante o como un requisito que otorgaba puntos adicionales.

El párrafo segundo del artículo 5o de la ley 1150 de 2007 expresamente señaló que las certificaciones de sistemas gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.

Señala el párrafo primero del artículo 6º de la ley 1150, que para poder participar en un proceso de selección, el capital de contratación deberá ser igual o superior al establecido por la entidad en los pliegos de condiciones.

Dentro del capital de contratación deben quedar incluidos los contratos en ejecución del proponente al momento de presentar oferta.

d. Mantenimiento de la ecuación contractual.- El artículo 27 de la ley 80 de 1993, establece que en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, y si dicha equivalencia se rompe por causas no imputables a la parte que la alega, las partes adoptarán en el menor tiempo las medidas necesarias para su restablecimiento.

El numeral primero del artículo 5 de la citada norma, señala que los contratistas tendrán derecho a que se restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato al punto de no pérdida por ocurrencia de situaciones imprevistas que no le sean imputables a los contratistas.

Por su parte, el artículo 29 del estatuto contractual, señalaba que el ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazos y precios y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, resulta ser la más ventajosa para la entidad.

Este artículo fue derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007 y en su artículo 5º., lo reguló nuevamente estableciendo los siguientes criterios para determinar los factores de escogencia y calificación contenidos en los pliegos de condiciones que elaboren las entidades estatales:

- Capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje. (Dicha verificación la harán las Cámaras de Comercio).

- La oferta más favorable es aquella que teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y ponderación precisa y detallada de los mismos, resulte la más ventajosa para la entidad. (En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecidos no será objeto de evaluación).

- Cuando se trata de procesos para adquirir bienes y servicios de características uniformes, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio.

- En los procesos para seleccionar consultores se podrán utilizar criterios de experiencia específica y de equipo de trabajo, pero no se podrá incluir el precio como factor de escogencia de la selección de consultores.

e. Selección objetiva.- Este principio, va encaminado a garantizar la elección imparcial del contratista que más convenga a los intereses del Estado, considerando los criterios que han sido previamente establecidos por la entidad para calificar y escoger en igualdad de condiciones la mejor de las propuestas que se le presenten.

Para alcanzar este objetivo, es preciso que se observen los factores técnicos y económicos previstos para la escogencia, su ponderación matemática (calificación), la cual debe estar determinada en los pliegos de condiciones y los términos de referencia, igualmente, deben observarse siempre los precios del mercado y la búsqueda de la opción más favorable para la entidad. No necesariamente es el menor precio el que garantiza que una determinada propuesta sea elegida, éste es solamente uno de los aspectos tenidos en cuenta, al lado de consideraciones como el plazo, el cumplimiento, la experiencia, los equipos disponibles, entre otros.

f.- Publicidad.- En cumplimiento del principio de transparencia, la actividad contractual se considera pública, con el fin de permitir a los interesados el conocimiento del proceso.

La publicación vía Internet de los datos relativos al proceso contractual busca que a través del uso de las tecnologías web, las cuales son el medio masivo de comunicación con mayor potencial de difusión, se garantice el acceso permanente a la información a todos los potenciales contratistas y a todo ciudadano que desee ejercer el control social.

De igual manera, se establecen procedimientos y términos precisos en los cuales la información sobre el objeto del contrato y las condiciones para postularse como contratista, deben ser publicados.

Con esta disposición, se logra ampliar el universo de los posibles proponentes y contribuir con una selección más objetiva donde las condiciones están previamente establecidas y son de conocimiento de todos los interesados.

Cualquier persona natural o jurídica que cumpla con los requisitos establecidos por la ley para ser considerado con la capacidad para contratar.

Al momento de querer contratar con el Estado, es necesario que el contratista no incurra en ninguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad establecidas por la Constitución y las leyes, las cuales han sido determinadas para evitar que el posible contratista pueda tener alguna preferencia que viole el deber de selección objetiva o como lo establece la misma ley 80 de 1993, haya sido sancionado previamente por su incumplimiento con el Estado en contratos anteriores y no se haya terminado el tiempo de la sanción.

Este principio se desarrolla principalmente cuando la entidad realiza:

- La convocatoria del proceso de selección. En los procesos de selección por licitación, selección abreviada y concurso de méritos se hará convocatoria pública. (Artículo 4 Decreto 066 de 2008).

El aviso de convocatoria para la contratación se publicará de conformidad con las reglas de publicidad de los asuntos contractuales señalados en el artículo 8° del presente decreto y contendrá la información necesaria para dar a conocer el objeto a contratar, la modalidad de selección que se utilizará, el lugar físico o electrónico donde puede consultarse el proyecto de pliego de condiciones, el presupuesto oficial del contrato, así como los estudios y documentos previos.

- La comunicación a Cámara de Comercio (numeral 7o del art. 22 ley 80 de 1993/ art. 12 del Decreto 856 de 1994)

- La publicación de los proyectos de pliegos de condiciones (art. 3o y art. 8o de la Ley 1150 de 2007)
- La publicación hasta tres avisos en diario de amplia circulación nacional de 10 a 20 días anteriores a la apertura de la licitación (numeral 3o del art. 30 de la ley 80 de 1993)
- La publicación de los pliegos de condiciones definitivos (art. 3o de la Ley 1150 de 2007)
- La audiencia de aclaraciones en la licitación (numeral 4o del art. 30 de la ley 80 de 1993)
- Pone a disposición de los oferentes el informe de evaluación tanto e licitación pública como en contratación directa (numeral 8o del art. 30 de la ley 80 de 1993 / numeral 2o del art. 24 de la ley 80 de 1993)
- Realiza la audiencia pública de adjudicación de la licitación de manera obligatoria, cuya resolución motivada se entenderá notificada en dicha audiencia y los interesados podrán pronunciarse sobre las respuestas dadas por la entidad. Esta obligación empezó a regir a partir del 16 de julio de 2007 (art. 9o y parágrafo 2o del art. 33 de la ley 1150 de 2007).

Así mismo, con el fin de garantizar los principios de economía, transparencia y responsabilidad, las entidades contratantes deberán garantizar la publicidad de todos los procedimientos, para lo cual usarán el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), a través del Portal Único de Contratación.

El artículo tercero de la ley 1150 reguló la contratación pública electrónica, estableciendo que en desarrollo de la ley 527 de 1999, la sustanciación de actuaciones, los actos administrativos, los documentos, contratos y en general todos los actos derivados de la actividad precontractual y contractual podrán tener lugar por medios electrónicos.

Agrega la norma que para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Lo anterior, sin perjuicio de las publicaciones previstas en el numeral 3º del artículo 30 de la ley 80 de 1993.

El artículo tercero desarrolla un instrumento creado por la misma ley denominado SECOP y lo regula de la siguiente manera:

Con el fin de materializar los objetivos a que se refiere el inciso anterior, el Gobierno Nacional desarrollará el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, SECOP, el cual:

- Dispondrá de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2° de la presente ley según lo defina el reglamento;
- Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía;
- Contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos y;
- Integrará el Registro Único Empresarial de las Cámaras de Comercio, el Diario Único de Contratación Estatal y los demás sistemas que involucren la gestión contractual pública. Así mismo, se articulará con el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado por la Ley 598 de 2000, sin que este pierda su autonomía para el ejercicio del control fiscal a la contratación pública.

g. La igualdad.- Todos los participantes deben estar en posición de igualdad, con los mismos derechos y expectativas, así se evita que se otorguen privilegios o ventajas o se discrimine a quienes participan en un procedimiento contractual específicamente licitatorio.

Este principio regula el contenido de los pliegos de condiciones donde se consagren reglas generales e impersonales que permitan la selección objetiva.

La consagración dentro de los pliegos de condiciones de un plazo razonable de la licitación para conocer el proceso y presentar oferta; la prohibición de modificar los pliegos de condiciones con posterioridad a la apertura de la licitación; el cumplimiento por parte de las propuestas de todos los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones, la prohibición a los oferentes de modificar su oferta y que la adjudicación del contrato sea a aquella oferta más favorable para los intereses de la entidad, son algunas reglas de la contratación relacionadas con este principio de contratación estatal.

1.1.3. Modalidades de contratación.-

De conformidad con el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 las entidades escogerán a los contratistas a través de las siguientes modalidades de selección: Licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, y contratación directa, las cuales son reglamentadas por el Decreto 066 de 2008.

Cada una de estas modalidades responde a la naturaleza del bien o servicio que se va a contratar y no a la cuantía del mismo, lo cual constituye una de las más importantes innovaciones de la reforma.

En la licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, la selección de los proponentes se hará mediante una convocatoria pública, mientras que la contratación directa solo será aplicable en circunstancias excepcionales y no requerirá de pluralidad de ofertas.

1.1.3.1. Licitación Pública: Con la ley 80 de 1993, la licitación pública debía ser la generalidad a ser aplicada en las contrataciones que realice el Estado, basada en un proceso por medio del cual las entidades estatales abren una convocatoria para suplir una necesidad específica. Por ejemplo, la construcción de una carretera, el suministro de papelería, etc.

Hoy, con la expedición de la ley 1150 de 2007, la figura de licitación operará cuando el objeto del contrato sea de carácter complejo y se relacione, por ejemplo, con grandes proyectos de infraestructura.

En este caso, a diferencia de la reglamentación anterior, el precio no será el único factor determinante a la hora de adjudicar un contrato, ya que la calidad jugará un papel importante en todos los procesos, sobre todo si se tiene en cuenta que se podrán aplicar mecanismos de subasta inversa para la presentación de las ofertas.

La entidad que hace la convocatoria, establece previamente las características del bien o servicio que está solicitando, a las cuales se deben ajustar quienes estén interesados en participar en la licitación.

En dicha convocatoria, pueden participar todos aquellos interesados que consideren que cuentan con las capacidades técnicas, administrativas y financieras para cumplir cabalmente con el objeto del contrato.

Procesos de selección - Licitación pública:

- Viabilidad técnica expedida por la dependencia encargada de los asuntos relacionados con la Planeación de la entidad estatal cuando se trate de la

Ejecución de proyectos de inversión. Numeral 7º del artículo 25 de la ley 80 de 1993.

Las entidades estatales están obligadas a cumplir con el contenido del artículo 3º de la ley 80 de 1993 sobre los fines de contrato estatal, y una manera de darle cumplimiento a este postulado es a través de proyectos de inversión que estén asociados a los planes de desarrollo tanto nacionales como territoriales.

Generalmente son las áreas de planeación las encargadas de dar certificación que el objeto del contrato cumple con algún objetivo, estrategia o meta del plan de desarrollo correspondiente.

Cuando se trata de gastos de funcionamiento adicionalmente hay que revisar el contenido de los Decretos 26 de 1998, 1737 de 1998, 2209 de 1998 y 2676 de 1999, por los cuales se toman medidas para garantizar la austeridad en el gasto.

- Acreditación de estudios previos y de conveniencia que incluye la verificación de la expedición de licencias ambiental (artículo 132 del Decreto 2150 de 1995) y de construcción (artículo 49 del Decreto 2150 de 1995). Se debe verificar que la entidad estatal realizó con anterioridad a la apertura del proceso licitatorio los estudios que justificaran no solo la viabilidad de recursos sino el cumplimiento de los fines de la entidad estatal (numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993).

Igualmente se debe verificar que la entidad está dando cumplimiento a lo previsto en la ley 598 de 2000 sobre la inscripción y consulta del SICE para la verificación de los estudios de mercado cuanto se trate de la adquisición de bienes y servicios.

- Certificado de Disponibilidad Presupuestal (C.D.P.) expedido por la dependencia encargada de administrar los recursos de la entidad estatal.

Se debe verificar en primer lugar que la entidad cuenta con los recursos suficientes antes de ordenar la apertura de la licitación (numeral 6º del artículo 25 de la ley 80 de 1993); y en segundo lugar que el objeto del contrato se pretenda ejecutar dentro de una misma vigencia, por cuanto de ejecutarse en varias vigencias es necesario que se acredite que se cumplió con el trámite que sobre vigencias futuras (artículo 10º de la ley 819 de 2003), sobre todo por la intervención que tienen en el mismo las corporaciones públicas tanto nacionales como territoriales.

- Acreditación de comunicación a Cámara de Comercio dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes. (numeral 22 del artículo 7º de la ley 80 de 1993 - artículo 12 del Decreto Reglamentario 856 de 1994).

Se tiene que verificar que el cumplimiento de esta obligación se haya efectuado con anterioridad a la apertura del proceso de selección, por cuanto se trata del desarrollo del principio de publicidad orientador del principio de transparencia consagrado en el estatuto de contratación.

- Revisión de las cláusulas de los pliegos de condiciones. (Numeral 5° del artículo 24 de la ley 80 de 1993).

- Acreditación de la publicación. Por diez (10) días en el Portal Único de Contratación los proyectos de pliegos de condiciones o en su defecto publicar un aviso donde se comunique el lugar donde se van a consultar los proyectos de pliegos de condiciones cuando no funcione.

Se tiene que verificar que el cumplimiento de esta obligación se haya efectuado con anterioridad a la apertura del proceso de selección, por cuanto se trata del desarrollo del principio de publicidad orientador del principio de transparencia consagrado en el estatuto de contratación.

El art. 3 de la ley 1150, establece que los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual (por medios electrónicos) serán señalados por el Gobierno Nacional.

- La Resolución donde se ordena apertura de la licitación expedida por el representante legal de la entidad estatal o su delegado.

Se tiene que verificar que quien ordena la apertura de la licitación tenga la competencia para adelantar el proceso de selección y para suscribir el contrato.

Adicionalmente se debe verificar el cumplimiento del literal c) del artículo 95 del Decreto 2150 de 1995 en concordancia con el artículo 7° de la ley 962 de 2005 en cuanto a la publicación en el diario oficial de los actos administrativos de carácter general y en la página web de la entidad estatal.

El jefe de la entidad o su delegado, mediante acto administrativo de carácter general, ordenará de manera motivada la apertura del proceso de selección que se desarrolle a través de licitación, selección abreviada y concurso de méritos. (artículo 5 Decreto 066 de 2008)

El acto administrativo de que trata el presente artículo señalará: El objeto de la contratación a realizar, la modalidad de selección que corresponda a la contratación, el cronograma del proceso, con indicación expresa de las fechas y lugares en que se llevarán a cabo las audiencias que correspondan, el lugar físico electrónico en que se puede consultar y retirar el pliego de condiciones y los

estudios y documentos previos y definitivos, los cuales estarán disponibles desde la fecha del acto de apertura, la convocatoria para las veedurías ciudadanas, el certificado de disponibilidad presupuestal en concordancia con las normas orgánicas correspondientes, y los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección.

- La acreditación de hasta tres (3) publicaciones en diarios de amplia circulación entre los diez (10) a veinte (20) días anteriores a la apertura de la licitación.

Se tiene que verificar que el cumplimiento de esta obligación se haya efectuado con anterioridad a la apertura del proceso de selección, por cuanto se trata del desarrollo del principio de publicidad orientador del principio de transparencia consagrado en el estatuto de contratación. (numeral 3º del artículo 30 de la ley 80 de 1993)

- Verificación del acta de apertura de la licitación. Se constata con el cronograma propuesto en los pliegos de condiciones, por cuanto es la fecha del plazo de la licitación y es entendido como el inicio que tienen los proponentes para entregar ofertas.

- Acreditación de la publicación. En el Portal Único de Contratación de los pliegos de condiciones o términos de referencia definitivos o en su defecto publicar un aviso donde se comunique el lugar donde se van a consultar los pliegos de condiciones cuando no funcione.

- Verificación celebración audiencia de aclaraciones. Dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha prevista para la apertura de la licitación o concurso. Numeral 4º del artículo 30 de la ley 80 de 1993.

- Verificación de la audiencia para verificar los riesgos en el contrato. El artículo cuarto de la ley 1150 de 2007 establece que en los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en que, con anterioridad a la presentación de ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

- Prohibición de cobrar los pliegos de condiciones. Parágrafo cuarto del artículo segundo de la ley 1150 de 2007 establece que las entidades estatales no podrán exigir el pago de valor alguno por el derecho a participar en un proceso de selección, razón por la cual no podrán ser objeto de cobro los pliegos de condiciones correspondiente.

- Certificaciones de calidad. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos (parágrafo segundo del artículo 5o.)

El artículo 12 establece que en los pliegos de condiciones las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dispondrán en las condiciones que señale el reglamento, de mecanismos que fomenten en la ejecución de los contratos estatales la provisión de obras, bienes, servicios y mano de obra locales o departamentales, siempre que se garanticen las condiciones de calidad y cumplimiento del objeto contractual.

- Solicitud de aclaraciones a los pliegos de condiciones. Estos documentos son importantes para constatar el principio de transparencia del proceso licitatorio, por cuanto es el mecanismo que tienen los interesados de hacerle ver a la entidad estatal si los pliegos de condiciones son restrictivos o no para garantizar la participación. Igualmente es importante verificar las respuestas dadas por la entidad estatal, en donde se tiene que justificar cada respuesta en función del interés general

- Adendos. Es necesario proceder a verificar el contenido de estos documentos por cuanto son modificatorios del pliego de condiciones inicial.

En este caso se tiene que verificar que no se están cambiando de manera grave las condiciones inicialmente fijadas en los pliegos de condiciones que determinen que se trata de un proceso nuevo y no del mismo con el cual se abrió el proceso licitatorio. La entidad estatal tendrá que justificar porque modifico las condiciones iniciales y siempre en función del interés general.

- Verificación del acta de cierre de la licitación. Se constata con el cronograma propuesto en los pliegos de condiciones, por cuanto es la fecha de finalización del plazo de la licitación y es entendido como el plazo ultimo que tienen los proponentes para entregar ofertas. Se verifica igualmente las solicitudes presentadas por los interesados que adquirieron pliegos de condiciones para ampliar el plazo para entregar ofertas y cual fue la respuesta de la entidad estatal.

- Análisis de la evaluación de las propuestas. Se tiene que verificar que la evaluación de las ofertas coincide con los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones y sus adendos y adicionalmente que se hizo dentro del plazo establecido en los mismos.

Se debe dar aplicación al numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, según el cual no podrán rechazar ofertas por requisitos o falta de documentos no

Necesarios para la comparación de ofertas, es decir, por asuntos meramente formales.

- Observaciones de los oferentes. Verificación de la garantía de poner a disposición de los proponentes el informe de evaluación de las ofertas para sus observaciones por cinco (5) días hábiles. Numeral 8º del artículo 30 de la ley 80 de 1993.

- Análisis de las observaciones presentadas por los proponentes al informe de evaluación de las ofertas. Se debe verificar las observaciones que presentan los oferentes al informe a fin de constatar que no se rechazaron ofertas por cuestiones meramente formales. (numeral 15 del artículo 25 de la ley 80 de 1993).

- Análisis de la resolución de adjudicación o declaratoria de desierta de la licitación y los recursos que hayan presentado los oferentes ante esta resolución. Verificación del contenido del numeral 9º del artículo 30 de la ley 80 de 1993 para efectos de la ampliación de este plazo para adjudicar.

- Verificación sobre la solicitud de la Contraloría correspondiente de efectuar la adjudicación por audiencia pública en desarrollo del artículo 273 de la Constitución Política.

- Análisis de la resolución de adjudicación o declaratoria de desierta de la licitación y los recursos que hayan presentado los oferentes ante esta resolución.

El artículo 9o de la ley 1150 de 2007 establece que la adjudicación se efectuará de manera obligatoria en los procesos de licitación pública mediante audiencia pública, con resolución motivada, que se entenderá notificada al proponente favorecido en dicha audiencia. Se permite durante la audiencia que los oferentes se pronuncien sobre la decisión y la entidad deberá dar respuesta antes de la adjudicación del contrato.

1.1.3.2 Contratación Directa:

Es una excepción a la regla cuya aplicación está expresamente delimitada por la ley, cuando se contrata a través de este medio, se hace por situaciones especiales que hacen inviable el proceso licitatorio.

Algunos casos donde es necesario contratar por esta modalidad, son los siguientes:

- Cuando el objeto del contrato contiene necesidades técnicas específicas que sólo pueden ser desarrolladas por un contratista en particular.

- Cuando el costo de los bienes o servicios a contratar es bastante reducido y por ende es muy costoso adelantar un proceso licitatorio por un monto tan mínimo. Por esta razón, la ley ha dispuesto unos valores máximos que determinan hasta qué cuantía se debe contratar directamente.

- Cuando sucedan hechos considerados sobrevinientes o imprevistos que implican la acción rápida de las autoridades. Por ejemplo, un desastre natural.

Estos procesos de contratación no requieren de la obtención de ofertas y están excluidos de la obligación de solicitar registro de proponentes de acuerdo con el artículo 6 de la ley 1150 de 2007.

Las causales para no requerir ofertas se encuentran en el numeral cuarto del artículo 2º de la citada norma y son:

- Urgencia Manifiesta. Regulada en los artículos 42 y 43 de la ley 80 de 1993.

- Contratación de empréstitos.

- Contratos Interadministrativos. El artículo 32 de la ley 1150 de 2007 derogó la calificación de entidades estatales a las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades estatales, por lo tanto a partir de la aplicación de esta ley no es posible suscribir convenios interadministrativos con estas entidades. Así mismo el literal c) del numeral 4o del artículo segundo de la misma ley reguló la contratación directa derivada de los convenios interadministrativos, y se prohíbe que en contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia la entidad ejecutora sean instituciones de Educación Superior, donde solo se autoriza que sean ejecutoras siempre y cuando participen en procesos licitatorios o de selección abreviada.

- La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, que necesiten reserva para su adquisición.

- Contratos para el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas.

- Contrato de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren las leyes 550 de 1999 y 617 de 2000.

- Cuando no existan pluralidad de oferentes en el mercado.

- Para la ejecución de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales.

- Arrendamiento o adquisición de inmuebles.

1.1.3.3. Contratación Abreviada:

La selección abreviada se aplicará en diversas circunstancias, dentro de las cuales sobresale su uso para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización.

Es decir, se realizará selección abreviada para los uniformes o implementos básicos de oficina, que involucran a un número importante de proveedores.

El numeral segundo del artículo 2do., de la ley 1150 de 2007, define la selección abreviada como una modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que, por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

Son causales para llevar a cabo la selección abreviada las siguientes:

- La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

En lo que respecta al contenido de los pliegos de condiciones en lo que tiene que ver con la adquisición de bienes y servicios de características uniformes, el numeral tercero del artículo 5º de la ley 1150 estableció expresamente que el único factor de selección sería el menor precio ofrecido.

- La Menor Cuantía.- El literal b) del numeral 2o. del art. 2 de la ley 1150 de 2007, regula el criterio de la menor cuantía de acuerdo con un tabla de valores asociados a los presupuestos de las entidades estatales:

En presupuesto anual igual o mayor de 1.200.000 salarios mínimos la menor cuantía es de 1.000 S.M.L.V.; igual o mayor a 850.000 y menor de 1'200.000 S.M.L.V la menor cuantía es de 850 S.M.L.V. Igual o mayor a 400.000 y menor 850.000 , la menor cuantía es de 650 S.M.L.V , igual p mayor a 120.000 y menor a 400.000, la menor cuantía es de 450 S.M.L.V y en presupuesto menor a 120.000, la menor cuantía es de 280 S.M.L.V.

El párrafo segundo del artículo segundo de la ley 1150 de 2007 establece las siguientes reglas para la contratación de selección abreviada por menor cuantía en los siguientes términos:

- Se dará publicidad a todos los procedimientos y actos.
- Para la selección será principio general la convocatoria pública y se podrán utilizar mecanismos de sorteo en audiencia pública, para definir el número de participantes en el proceso de selección correspondiente cuando el número de manifestaciones de interés sea superior a diez y será responsabilidad del representante legal de la entidad estatal adoptar las medidas necesarias con el propósito de garantizar la pulcritud del respectivo proceso.
- Sin excepción, las ofertas presentadas dentro de cada uno de los procesos de selección, deberán ser evaluadas de manera objetiva, aplicando en forma exclusiva las reglas contenidas en los pliegos de condiciones o sus equivalentes.
- Contratos de prestación de servicios de salud (ley 100 de 1993 y ley 1122 de 2007). La norma establece que en la reglamentación se fijarán las garantías y la forma de pago mediante encargos fiduciarios.
- Declaratoria de desierta de licitación. El literal g) del numeral 1o. del art. 24 de la ley 80 establece que es causal para no acudir a la licitación pública la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

El numeral 18 del art. 25 de la ley 80 de 1993 regula las causales para declarar desierta una licitación señalando que solo procede por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará mediante acto administrativo. Había sido regulado el procedimiento para seleccionar luego del acto que declara desierta mediante el artículo 16 del Decreto 2170 de 2002, estableciendo que se adelantaría un proceso de contratación directa mediante convocatoria.

El literal d) del numeral 2o del artículo segundo de la ley 1150 estableció que para la selección del contratista se aplicaría el proceso de selección abreviada y se tendrá que surtir dentro de los cuatro meses siguientes a la declaratoria.

- La enajenación de bienes del Estado. El reglamento establecerá mecanismos de subasta para esta enajenación y en general los previstos en el derecho civil, siempre que se garanticen los principios de contratación. Igualmente que el valor de venta será el previsto por un avalúo comercial que tenga en cuenta aspectos que indica la ley.

- Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas.

- Contratación de las empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta. Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el art. 32 de la ley 80 de 1993 (contrato de obra, consultoría, concesión, prestación de servicios, encargo fiduciario y fiducia pública).

- Los contratos de las entidades que tengan a su cargo la ejecución de programas de protección de personas amenazadas; de desmovilización; de reincorporación a la vida civil de grupos al margen de la ley; de atención de población desplazada, programas para atender población vulnerable.

- Contratos de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacionales.

1.1.3.4. Concurso de Méritos: Cuyo objeto contractual es de tipo intelectual y en el que prima la calidad por encima del precio de los servicios, el cual, según la Ley 1150 de 2007 no puede constituir un factor de evaluación de las ofertas, permitiendo que las entidades públicas cuenten con los mejores consultores para desarrollar proyectos de impacto e importancia nacional.

Esta modalidad se aplica, entre otros, a consultores e investigadores (firmas, universidades, centros de estudio, instituciones científicas, expertos), quienes serán evaluados exclusivamente con base en la calidad y bondades de sus propuestas técnicas, de su experiencia y la competencia de las personas involucradas en la consultoría y nunca en razón al precio de los servicios.

1.1.4. Clases de Contratos.-

Existen cinco tipos de contratos que realiza la administración pública: de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios o fiducia pública.

- Contrato de obra: Está referido a todo tipo de trabajo material que implique construcción, mantenimiento o instalación de equipos en bienes inmuebles.

- Contrato de consultoría: Tiene por objeto la realización de estudios técnicos para inversión, diagnóstico, determinación de factibilidad, diseños de proyectos, estrategias, entre otros.

- Contrato de prestación de servicios: Se estableció que este tipo de contratos quedaba restringido a las actividades de administración o funcionamiento de las entidades públicas, que no pudieran desarrollarse con personal de la planta existente. Este se refiere únicamente a personas naturales.

- Contrato de concesión: El objeto de estos contratos, es la entrega por parte del Estado a un agente privado de un derecho de explotación, prestación, operación, gestión total o parcial de un servicio público. También la construcción, conservación o explotación de una obra o bien, parcial o totalmente, previa determinación de las remuneraciones a ser recibidas por el agente privado para la ejecución de este tipo de contrato.

- Encargo fiduciario o fiducia pública: En este contrato se establece la entrega de recursos públicos a una sociedad fiduciaria, para la administración o manejo de los mismos, estableciendo un objeto y plazo específicos.

Cabe anotar, que los contratos con el Estado tienen la particularidad de incorporar "cláusulas excepcionales", las cuales permiten a este último mantener una situación preferencial en el manejo y control del desarrollo del contrato, teniendo en cuenta la naturaleza pública de los recursos comprometidos y la vinculación del objeto del contrato con la prestación de servicios públicos.

En todos los casos, estas cláusulas buscan evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos que se esperan proveer con la ejecución de un contrato, por lo cual el Estado tiene el derecho de actuar unilateralmente. Esta es la condición esencial para que el ente público pueda interponerlas.

Salvo la caducidad, no se pueden entender como un castigo de la entidad estatal al contratista. De hecho, el Estado debe cancelar a este último los mayores costos que le hayan generado la aplicación de las cláusulas, lo que se conoce legalmente como el reestablecimiento del equilibrio económico del contrato.

1.2. REGLAS BÁSICAS DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN

La Administración Pública realiza la contratación para alcanzar el cumplimiento de sus objetivos, razón por la cual el procedimiento de selección de contratistas debe encontrarse sustentado en los proyectos, planes y programas que adelantan los Municipios para el cumplimiento de sus objetivos.

Los procesos de contratación se clasifican única y exclusivamente en licitaciones o concursos públicos y procesos de contratación directa, y abreviados dependiendo de: la cuantía a contratar, la calidad de una de las partes.

Este proceso como tal, permite la participación de personas tanto naturales como jurídicas para los diferentes tipos de contratos: prestación de servicios, compraventa, consultoría, obra pública, suministro, etc.

Lo que requiere la Administración Pública son bienes y servicios, no personas naturales o jurídicas, éstas son tan sólo el medio para adquirir el bien o servicio requerido. (Ley 80 de 1993, artículo 12. Decreto 2150 de 1995, Artículo 37).

Todos los procesos de selección de contratación directa se convocarán, dependiendo, por regla general, de la cuantía a contratar.

Por excepción, sin importar la cuantía se podrán realizar por el procedimiento de la contratación directa, (num. 1º del art. 24 de la Ley 80 de 1993), con un tratamiento especial, contratos por la naturaleza de las partes que intervienen en el mismo, tales como: los contratos interadministrativos y con proveedor exclusivo, o por el tipo de contrato a suscribir, donde se requerirá sólo cursar invitación a la persona identificada en la justificación que sustente el proceso, tal como se explico anteriormente.

El contrato resultante de un proceso de contratación directa, dependiendo de la cuantía a contratar puede corresponder a: contrato con formalidades plenas o contrato sin formalidades plenas.

El proceso de contratación comprende desde la identificación de la necesidad hasta la liquidación del contrato resultante; obedece a un encadenamiento de procedimientos, todos con una importancia marcada en el mismo, pasando por etapas, tales como: selección del contratista, suscripción, perfeccionamiento y legalización del contrato, ejecución, la terminación, y liquidación.

Por tales razones el proceso de contratación es integral (técnico, financiero y jurídico) y uno solo; no se pueden entender cada una de estas áreas y etapas como asuntos independientes.

1.2.1. Planeación de la Contratación Estatal.- Uno de los cambios fundamentales de la ley 1150 de 2007, es que obliga a las entidades a desarrollar mejores estudios previos, más completos y profundos, para que se pueda identificar claramente qué es lo que en realidad se quiere contratar o comprar, a través de un proceso permanente de planeación.

La contratación como cualquier otro proceso, debe responder a una debida y oportuna planeación, por parte de todas las dependencias y de cada jefe de oficina, por lo que cada uno de ellos es responsable de garantizar el cumplimiento de su respectivo plan.

Para ello, la administración municipal debe elaborar su plan de contratación, que consiste en la planeación de las necesidades de bienes y servicios que requiere contratar el Municipio para cumplir con sus fines y objetivos constitucionales, legales, reglamentarios, programa de gobierno y el plan de desarrollo municipal, enmarcado en el plan plurianual de inversiones, teniendo en cuenta la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación y ajustes a las apropiaciones presupuestales para cada vigencia fiscal.

El ente territorial, una vez le sea aprobado el presupuesto de la vigencia respectiva, elaborará el listado o proyectos a desarrollar y las posibles cuantías para los contratos que requieran para la ejecución de los fines y objetivos constitucionales que le competen, acorde con los recursos presupuestales que le fueron asignados para la vigencia.

El plan de contratación, debe ser sustentado en sesión que se realizará con el apoyo y acompañamiento del personal del Área Financiera, y el control interno o quien haga sus veces en materia contractual.

Una vez aprobado el plan de contratación por el ordenador del gasto, el plan entrará en ejecución dependiendo de la prioridad de las necesidades y de la disponibilidad de recursos y será registrado en el Plan anual de compras del SICE, éste será comunicado a las diferentes dependencias para su respectiva ejecución.

Posteriormente, el ordenador del gasto aprobará o no dicha contratación con base en la justificación presentada por la dependencia solicitante. Esta aprobación, se entiende dada con el Visto Bueno del ordenador del gasto en el documento de justificación del respectivo contrato.

1.2.2. De la Selección de contratistas. El Ordenador del Gasto es el único competente para determinar quien es el oferente seleccionado en cada proceso de selección.

El comité de compras, previo concepto técnico los evaluadores, sugerirán al contratante, de acuerdo con las evaluaciones realizadas, cual es el oferente que recomiendan escoger. El contratante con el fin de conocer los precios indicativos de los bienes y servicios codificados y evitar sobre costos, delegara en el funcionario que para tal efecto designe, la consulta de los CUBS y los precios indicativos SICE, como requisito previo a la adjudicación, cuando a ello hubiere lugar. (Esto según el Artículo 13 literal d, Decreto 3512 de 2002).

1.2.3. Del perfeccionamiento y legalización del contrato.

Una vez surtido el proceso de selección y escogido por el ordenador del gasto el proponente ganador, el asesor Jurídico o quien haga sus veces en materia

Contractual, elabora la minuta y adelanta el trámite del perfeccionamiento del contrato.

En el contrato se pactaran entre otras las cláusulas relativas a:

- El Anticipo, que consiste en un préstamo o inversión inicial que la administración municipal, hace al contratista para que éste proceda a cumplir el objeto y obligaciones pactadas; por tal razón sólo se aceptará incluirlo en los contratos donde se encuentre suficientemente sustentado que se requiere de inversión inicial para comenzar la ejecución contractual.

- La Forma de Pago, por regla general, sólo se establecerán pagos contra servicio prestado o producto entregado, recibido a satisfacción por el funcionario designado para tal fin.

- El Plazo, es el tiempo en el cual el contratista debe cumplir con el objeto y obligaciones a desarrollar, es importante calcularlo teniendo como base tiempos reales y se recomienda pactarlo en meses. En caso de pactar adiciones, estas deben hacerse en la misma medida de tiempo del contrato inicial.

El contrato queda perfeccionado una vez firman la minuta el Ordenador del Gasto y el contratista y se expida el Certificado de Registro Presupuestal.

El cumplimiento por parte del contratista, cuando haya lugar a ello, del pago de los derechos de publicación, la constitución correcta de la póliza que garantiza los riesgos que se pactan en el contrato, la entrega de los documentos que así lo demuestren ante la dependencia competente, determinan la legalización del contrato.

El numeral 19 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, consagraba la obligación por parte de los contratistas de constituir la Garantía Única de cumplimiento, para efectos de proteger las distintas eventualidades que se pueden presentar en la ejecución de un contrato (cumplimiento, anticipo, pago de salarios y prestaciones sociales, calidad de los bienes y estabilidad de las obras, buen manejo del anticipo, responsabilidad civil extracontractual), el cual fue derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, regulando dicha garantía en el artículo 7o, estableciendo que seguirá vigente la ley 80 hasta tanto no se expida el decreto que reglamente la materia.

Finalmente el ordenador del gasto por intermedio de la persona designada General deberá registrar en el SICE los contratos; dentro de los cinco (5) primeros días del mes siguiente a su legalización, cuando haya lugar a ello. (Artículo 6º Ley 598 de 2000 y artículo 13 literal e del decreto 3512 de 2003).

1.2.4. De la ejecución de los contratos. Por regla general el contrato puede iniciar su ejecución una vez perfeccionado y legalizado, para lo cual se expedirá comunicación en tal sentido dirigida al contratista, el interventor o supervisor y las demás dependencias o terceros interesados en el proceso.

Excepcionalmente la iniciación de la ejecución requerirá de acta de iniciación la que se suscribirá por el contratista y el interventor del contrato, en fecha concomitante o posterior a la comunicación sobre la legalización del mismo.

1.2.5. De la interventoría o supervisión. Según lo dispone el artículo 42 del Decreto 066 de 2008, reglamentario de la ley 1150 de 2007, las entidades estatales podrán adelantar supervisión e interventoría sobre la ejecución de las operaciones que por su cuenta se realicen en las bolsas de productos.

En el evento en el cual la entidad estatal verifique inconsistencias en la ejecución, procederá a poner en conocimiento de la bolsa tal situación con el propósito de que la misma la examine y adopte las medidas necesarias para dirimir la controversia de conformidad con sus reglamentos y, de ser el caso, notifique del incumplimiento.

Es responsabilidad del Interventor, el acompañamiento integral en la ejecución del contrato o convenio que le ha sido designado o contratado, quien cumplirá con la interventoría desde el momento mismo en que le es comunicada dicha delegación y hasta su liquidación.

El interventor o supervisor debe cumplir con la función que le ha sido designada desde el momento mismo en que le es comunicado y hasta su liquidación, ciñéndose a las normas internas específicas sobre la materia, al contrato y a las demás normas que rigen la relación contractual en particular.

El interventor o supervisor es el competente para:

- Certificar los contratos en ejecución a su cargo.
- Requerir al contratista en caso de inejecución, ejecución indebida, deficiente y/o lenta.
- Comunicar en forma oportuna al Representante Legal de tal hecho, para que se apliquen las sanciones a que haya lugar y cumplir con las demás funciones que amerite su gestión para alcanzar la ejecución idónea del contrato.
- La liquidación del contrato es responsabilidad del interventor, razón por la cual debe adelantar todos los actos necesarios y conseguir los documentos pertinentes

1.2.6. De la Adición, Cesión, Suspensión, Terminación y Liquidación del contrato.

De la Adición y prorrogas.- En tiempo y/o valor tiene como fin ampliar la ejecución y/o la cuantía del contrato celebrado cuyo plazo se encuentre en ejecución. Estableció el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 lo siguiente respecto de la prórroga de los contratos de concesión de obra pública:

“Artículo 28. De la prórroga o adición de concesiones de obra pública. En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial”.

La reforma contenida en el art. 28 de la ley 1150 de 2007 va encaminada a limitar un aspecto que había quedado abierto con la expedición de la ley 105 de 1993 en cuanto a la prórroga de las concesiones y de esta manera limitarlas hasta en un sesenta por ciento del plazo estimado y con unas condiciones impuestas por la misma ley, adicional a la autorización que debe expedir el CONPES.

De la Cesión.- Cuando el contratista que ha suscrito el contrato no pudiese seguir asumiendo la ejecución del compromiso formalizado, podrá proponer al Municipio, a través de una comunicación escrita, una tercera persona que continúe con la ejecución del contrato, dicha persona como mínimo debe reunir las mismas características del contratista que propone la cesión y se deben anexar todos los documentos que acrediten dichas condiciones. La solicitud deberá ser estudiada por el interventor, quien si la encuentra viable emitirá concepto técnico y la remitirá para autorización del ordenador del gasto, una vez autorizado, la enviará por memorando con los documentos soporte para su formalización al contratante.

De la suspensión.- Cuando por situaciones diferentes al incumplimiento del contrato, el contratista necesite interrumpir la ejecución del contrato, las partes pueden proponer a la contraparte la suspensión del plazo de ejecución: Por un tiempo específico o por un tiempo indeterminado hasta que ocurra un hecho futuro cierto.

Una vez finalizado el término de suspensión se reanudará en la fecha acordada, si corresponde al caso en que se estableció un tiempo específico en el acta de suspensión o (para obra e incluso cualquier contrato, debería el interventor dejar constancia de la reanudación) a partir de la fecha del acta de reanudación, en el caso de corresponder a tiempo indeterminado que no cuenta con fecha específica.

- De la terminación normal del contrato.- Todo contrato finalizará al vencimiento del plazo pactado o al agotamiento del objeto contratado. Una vez concluido el plazo no será posible revivirlo y lo único que procede es la liquidación del mismo.

No obstante, si antes de concluir el plazo de ejecución, pactado en el contrato, se percibe la necesidad de finalizar la relación contractual suscrita, el interventor deberá informarlo por memorando, debidamente documentado y sustentado al Asesor Jurídico o quien haga sus veces en materia contractual.

De la Liquidación del Contrato. Todo contrato de ejecución sucesiva que suscriba el ente Municipal, tales como: prestación de servicios, suministro, compraventa etc., al igual que aquellos en donde se perciban cumplimientos parciales de las obligaciones contraídas, requiere de un balance final, denominado liquidación. En ella se establece el porcentaje de ejecución, de cumplimiento y de pagos, la que una vez suscrita concluye definitivamente la relación contractual.

Establecía el artículo 60 de la ley 80 de 1993 lo siguiente con respecto a la liquidación de los contratos estatales, el cual fue derogado en su inciso primero por el art. 32 de la ley 1150 de 2007, salvo en la parte inicial:

Artículo 60. de su ocurrencia y contenido. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

De la liquidación unilateral.- El art. 61 de la ley 80 de 1993, fue derogado en su totalidad por el art. 32 de la ley 1150 de 2007 y que a su tenor establecía con respecto a la liquidación unilateral:

“Artículo 61. De la liquidación unilateral. Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición”.

Los artículos 60 y 61 fueron modificados y reemplazados por el artículo 11 de la ley 1150 de 2007 con el siguiente contenido:

“Artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga”.

En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C.A; con la reforma de la ley 1150 de 2007, se mantiene el criterio impuesto por la ley 80 en el sentido que se liquidan aquellos contratos de tracto sucesivo y en general aquellos que lo requieran, por lo que prácticamente salvo los contratos de ejecución instantánea (salvo que lo requieran), todos los contratos estatales serían objeto de liquidación. Se recomienda que bajo la cláusula general que todos aquellos contratos que lo requieran, que todos los contratos estatales se liquiden en virtud del interés general.

Igualmente, se mantienen los otros incisos del artículo 60 respecto del contenido del acta y de las obligaciones que surgen a partir de la liquidación del contrato.

Lo relevante es el criterio que utilizó la ley para empezar a contabilizar el término que tendrían las partes para liquidar de mutuo acuerdo, pues lo cambio de finalización del contrato por el criterio de ejecución del contrato, con lo cual clarifica el concepto y va de acuerdo con la jurisprudencia vigente, debemos entender que son los cuatro (4) meses siguientes al vencimiento del plazo de ejecución pactado en el contrato para el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

También queda vigente el inciso del art. 60 sobre que en la etapa de liquidación del contrato, las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, debemos consultar lo que la jurisprudencia ha señalado sobre el particular.

El Consejo de Estado en sentencia del 3 de agosto de 2006, expediente 29.966, Consejero Ponente, Dr. Ramiro Saavedra Becerra señaló que el acta de liquidación si reconoce sumas que se puedan cobrar ejecutivamente, es un documento que presta mérito ejecutivo.

Posteriormente con la sentencia del 3 de agosto de 2006, expediente 31.222, Consejero Ponente, Doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez, se establece que dentro del Acta de liquidación se pueden hacer reconocimientos sobre mayores valores adeudados al contratista, en donde el mismo no tiene necesidad de demandar en sede judicial dicho reconocimiento, pero adicionalmente no se puede cobrar hasta tanto no se surta el trámite de conciliación prejudicial exigido por el acta de liquidación ya que no estaban los recursos disponibles.

Esto es importante, pues la administración reconoce las sumas a favor del contratista y como no tiene los recursos de inversión para atender estos sobrecostos, puede optar por ir a conciliación prejudicial para que una vez conciliada la diferencia se pueda cancelar a través del rubro de sentencias y conciliaciones.

Con la expedición de la ley 1150 se aclara el panorama de la liquidación de los contratos estatales. Primero si las partes no definieron el plazo de liquidación tendrán cuatro meses para proceder a hacerlo de mutuo acuerdo. Si pasados esos cuatro meses no liquidan de mutuo acuerdo, la administración tendrá dos meses para liquidarlo unilateralmente, si la administración no lo liquida unilateralmente en estos dos meses, entonces dentro de los dos años siguientes podrán hacerlo de mutuo acuerdo las partes, o unilateralmente la administración, o hacerlo en sede judicial.

1.3. DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.-

En el evento de inejecución, ejecución indebida, deficiente y/o lenta, de inmediato y dentro de la vigencia del contrato, es obligación del interventor requerir por escrito, hasta por lo menos en dos (2) oportunidades al contratista, describiéndole en forma puntual los aspectos que no son satisfactorios, señalándole un plazo para que dichos aspectos sean corregidos, remitiendo copia de dicha comunicación y de los resultados de la misma al Representante Legal, para que consten en el archivo del contrato.

Procedimiento en caso de incumplimiento.- Cuando el contratista no ejecuta el contrato a satisfacción, el interventor se encuentra en la obligación de requerirlo para que cumpla, o en caso de persistir el incumplimiento, documentarlo y remitirlo al contratante para que adelante los trámites de la sanción respectiva.

Se debe requerir al contratista por escrito, cuando se perciba el no cumplimiento oportuno de una o varias obligaciones pactadas y exigirle que en plazos ciertos y perentorios cumpla con la(s) obligación(es) que está incumpliendo.

Si ante este primer requerimiento persiste el incumplimiento requerir nuevamente, por segunda vez al contratista por escrito, remitiendo copia del requerimiento al asesor jurídico o quien haga sus veces en materia contractual y, en el caso de tener garantía única el contrato, con copia a la aseguradora.

Si persiste el incumplimiento, elaborar concepto técnico donde conste: Las obligaciones incumplidas, los valores de ejecución al que corresponde tal incumplimiento y los daños y perjuicios que el incumplimiento está o puede estar generando para la entidad y la comunidad beneficiada.

Enviar con memorando al asesor jurídico, copia del concepto técnico elaborado por el interventor sobre el incumplimiento, las diferentes comunicaciones cruzadas entre el contratista y el interventor sobre el particular, y, demás pruebas documentales pertinentes al caso en concreto al contratante y, en el caso de tener garantía única el contrato, con copia a la aseguradora para que en caso de ser

necesario solicite las aclaraciones o ampliaciones que se consideren pertinentes y proceda a proyectar el acto administrativo en donde se declare el incumplimiento y/o se impongan las sanciones a que haya lugar (multa, cláusula penal, garantía, caducidad, etc.) y remitirlo para firma al ordenador del gasto.

Notificado el contratista y en firme la Resolución Sancionatoria, se deberá comunicar al área Financiera el proceso adelantado para que efectúen los descuentos a que haya lugar e igualmente comunicarla al interventor.

2. DE LOS PRIVILEGIOS DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN/CLÁUSULAS

Las partes contratantes están en un plano desigual, en los contratos administrativos desaparece el principio de igualdad entre las partes, que es uno de los elementos básicos de los contratos civiles.

Esta subordinación o desigualdad jurídica del contratista respecto de la Administración Pública, con quien celebra un contrato, tiene su origen en la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues al fin económico privado se opone y antepone un fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución.

La Administración aparece en una situación de superioridad jurídica respecto del contratista, porque cuando una de las partes contratantes es la Administración, se imponen ciertas prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente al contratista.

Aquí el principio de la inalterabilidad de los contratos no puede ser mantenido, sino que cede ante el "ius variandi" que tiene la Administración a introducir modificaciones en ellos, y que son obligatorias, dentro de los límites de la razonabilidad, para el contratista.

Esta desigualdad jurídica se traduce en la competencia que tiene la Administración para:

- Adaptar el contrato a las necesidades públicas, variando dentro de ciertos límites las obligaciones del contratista (modificación unilateral, mutabilidad del contrato). Es decir, que el contrato administrativo carece de la rigidez e inmutabilidad del contrato civil, porque cede ante el interés público.
- Ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratista, en forma directa, unilateral y por cuenta de éste (ejecución con sustitución del contratista).
- Dejar unilateralmente el contrato sin efecto en caso de incumplimiento, cuando las necesidades públicas lo exijan (rescisión contractual).

2.1. CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES.

Por si misma, la entidad contratante, como autoridad administrativa es titular de deberes, privilegios y potestades que le otorga el ordenamiento positivo, para asegurar la realización del interés público.

Las cláusulas excepcionales, son en realidad potestades o poderes inherentes al cumplimiento y satisfacción del interés general, por expreso mandato del artículo citado articulo, que constituye el poder o prerrogativa de la entidad publica contratante, son una herramienta fundamental de control para el cumplimiento del objeto y fines contractuales, según lo señala el artículo 14 de la ley 80 de 1993, en cuanto la administración procura la realización y satisfacción del interés publico.

“Estas potestades o privilegios de la administración, aparecen para evitar la paralización o la afectación de los servicios públicos a cargo de la administración a los cuales se dirige el contrato, se puede utilizar o pactar esas facultades excepcionales de modificación, terminación, interpretación, extinción y caducidad; se habla de interpretar, introducir modificaciones y terminarlo, si así lo considera y las condiciones particulares de la prestación del servicio lo exigen”².

Dentro de aquellos está el de proferir decisiones unilaterales mediante las cuales hace efectivos derechos derivados de la ley sin necesidad de acudir al juez administrativo y sin perjuicio de que el particular los controvierta por vía gubernativa o ante el juez del contrato.

Tal potestad se presenta en desarrollo del privilegio de la decisión previa y de la ejecución de oficio que caracteriza la expresión de voluntad del Estado o de los particulares en ejercicio de función administrativa y consiste en la facultad de proferir actos jurídicos con el objeto de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas sin tener que asistir al juez para ello.

La regla general es que estas cláusulas excepcionales, se entienden incorporadas en los contratos estatales, se exceptúa los celebrados con personas publicas internacionales; los de cooperación, ayuda o asistencia técnica; interadministrativos; de impresito interno o externo; actividades industriales y comerciales que no correspondan a las actividades que constituyan monopolio estatal o la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como los contratos de seguros tomados por las

² BENDEK OLIVELLA Jorge. Comentarios al Nuevo Régimen de Contratación Administrativa. Ediciones Rosaristas. Bogota: 2da. edición 1994. Pag. 256.

Entidades estatales, en los cuales, según la misma disposición, no deberán pactarse y tampoco se entienden agregadas.

Las cláusulas excepcionales son las siguientes:

- Interpretación unilateral:

“Es una facultad reglada. Se deben cumplir unos requisitos establecidos en el artículo 15 de la ley 80 de 1993, los cuales son: 1. Debe tratarse de un contrato en ejecución. 2. Paralización o afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el contrato. 3. Se debe buscar Acuerdo con el contratista en primer lugar. 4. Acto administrativo motivado de la interpretación unilateral del contrato”³.

La interpone el Estado cuando existan discrepancias en la interpretación de una disposición del contrato durante la ejecución del mismo.

- Modificación unilateral:

“El Estado puede modificar en cualquier momento un contrato celebrado entre particulares, y hacer prevalecer la disposición estatal sobre la voluntad particular, con mayor razón hay que aceptar que el estado pueda, en cualquier momento modificar un contrato en el que el mismo Estado es parte. El Estado puede modificar cualquier contrato que haya suscrito con un particular previo el lleno de requisitos señalados en la misma ley”⁴.

En el derecho colombiano la institución de la terminación unilateral del contrato por razones de inconveniencia o inoportunidad opera por consideraciones de interés general, limitadas a las causales ya enunciadas, para distinguirlas del incumplimiento del contrato que da lugar a la caducidad del mismo, y ha tenido aplicación ante la presencia de factores que hagan inconveniente la ejecución del contrato celebrado y tornen imposible su cumplimiento ya sea por perturbaciones en el lugar donde se lleve a cabo (orden público) o por incapacidad financiera de la entidad que lo celebró (crisis económica).

El artículo 16 del estatuto de contratación, autoriza la incorporación de modificaciones a los contratos suscritos entre la administración y un particular, así:

³ Ib ídem

⁴ Ib ídem

- Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él fuere necesario introducir las variaciones del contrato, previo desacuerdo entre las partes, mediante Acto administrativo debidamente motivado, la administración lo modificara mediante la supresión o adición de obras, trabajos suministros o servicios. Por ejemplo, en los casos en que según el criterio del Estado sea necesario suprimir o incluir mayores obras o suministros, para evitar la paralización o afectación grave del servicio público objeto del contrato.

- Terminación unilateral:

“Es aquella estipulación que confieren los contratos estatales por medio del cual se autoriza a la administración a para que unilateralmente y en cualquier tiempo, pueda dar por terminado el contrato, por razones posteriores al mismo, si de su continuación se deriva grave inconveniencia para el interés público”⁵.

La interpone el Estado para la finalización anticipada del contrato. La ley ha dispuesto que esta cláusula es efectiva en los siguientes casos: 1. Cuando las exigencias del servicio público objeto del contrato lo requiera. 2. Cuando las circunstancias de alteración del orden público obliguen a ello. 3. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, cuando éste es persona natural. 4. Por disolución de la personería jurídica, cuando el contratista tenga esta calidad. 5. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista. 6. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista, que afecten gravemente el cumplimiento del contrato.

- La Caducidad:

“Es una disposición que deben llevar obligatoriamente ciertos contratos estatales, por medio del cual se autoriza a la administración a dar por terminado un contrato, cuando el contratista ha incurrido en una o varias de las circunstancias que se señalaron como causales para dar por terminado el contrato, por parte de la administración”⁶.

La interpone el Estado ante el incumplimiento de las obligaciones del contratista.

- Reversión: se ha establecido para los contratos de concesión o explotación de bienes del Estado. Determina que una vez terminado el periodo de la concesión,

⁵ La Contratación Administrativa-Comentarios a la Ley 80 de 1993. Omar Franco Gutiérrez. Editorial ediciones Abogados Librería. Segunda Edición. Bogota 1994

⁶ Ib Idem.

Los bienes utilizados para el desarrollo de la misma, pasan a ser propiedad de la entidad estatal contratante sin pago alguno por ello.

El ejercicio de las potestades excepcionales por las entidades estatales se cumple mediante la expedición de actos administrativos de carácter particular y concreto, durante el contrato incluida la operación de liquidación.

Cabe señalar que en ninguna disposición de la misma Ley 80 de 1993, ni sus decretos reglamentarios, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, no obstante que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad las puedan pactar, pero lo que no puede hacer, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada.

Cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducir las en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y para imponerlas unilateralmente.

El Consejo de Estado en sentencia del 20 de Octubre de 2005, expediente 14579, señaló que la ley 80 de 1993, no quedó consagrada la facultad del Estado de incluir como cláusulas excepcionales las multas y la cláusula penal pecuniaria, sin que se diga que no se puedan pactar, pero la imposición tanto de la multa como de la declaratoria de incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal es del juez del contrato.

En concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del C. de E. de Mayo 25 de 2006, radicación 1.748., indica que la facultad para hacer efectiva las multas y la cláusula penal pecuniaria es de la administración por acto administrativo expedido en virtud del art. 18 de la ley 80 (caducidad del contrato) o en los otros casos, mediante proceso ejecutivo ante la jurisdicción contenciosa .

El art. 17 de la ley 1150 de 2007 consideró que la aplicación del debido proceso supone que las entidades tienen la facultad de imponer multas cuando hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir sus obligaciones.

Esta decisión debe estar precedida de audiencia del afectado y solo procederá mientras se encuentre en ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. De igual manera se podrá declarar el incumplimiento del contrato para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

Tanto las multas como la cláusula penal pecuniaria se harán efectivas directamente por las entidades estatales: Compensación, cobro de garantía y jurisdicción coactiva.

Se estableció un efecto retroactivo de la norma en el sentido que se pueden imponer directamente multas y hacer efectiva cláusula penal pecuniaria en contratos ya celebrados antes de entrar en vigencia la ley 1150 de 2007, si en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes se dejó previsto esta facultad para la entidad contratante.

2.2. MARCO REFERENCIAL.

2.2.1. ANTECEDENTES.-

En vigencia del Decreto ley 528 de 1964 y antes de entrar a regir el Decreto - Ley 01 de 1984, el legislador atribuyó a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, entre otros, “definir los negocios originados en las decisiones que tome la Administración” entre ellos los relacionados en materia contractual.

Posteriormente el artículo 72 del Decreto 222 de 1985, se establecieron cláusulas de tipo sancionatorio, como la cláusula penal pecuniaria; cláusula que ya no figura dentro del nuevo estatuto como cláusula obligatoria, pero que sí puede pactarse de común acuerdo entre las partes.

Con este régimen la terminación unilateral del contrato podía darse por la ocurrencia de motivos graves posteriores a su perfeccionamiento o sobrevinientes dentro de su ejecución (artículo 19), el solo hecho de que el motivo aducido por la entidad contratante no haya sido posterior al perfeccionamiento del contrato dejaba sin piso legal la decisión unilateral de terminación.

Esta norma permite deducir que el Estado podía en ejercicio del privilegio de la decisión previa dictar Resoluciones administrativas en relación con un contrato celebrado por él.

Con la expedición del Estatuto contractual (ley 80 de 1993), el poder excepcional de declaración unilateral de incumplimiento desapareció como posibilidad autónoma, con posterioridad a su vencimiento, puesto que la administración no podrá declarar dicho incumplimiento sino como supuesto o apoyo para la declaratoria de caducidad del contrato.

La jurisprudencia ha sido reiterada en el sentido de que la caducidad y en general las formas anormales de terminación unilateral en los contratos de tracto sucesivo, no podrán declararse después de su vencimiento.

Así mismo, el Consejo de Estado, se ha referido, en reiteradas oportunidades, que la Administración puede regular sus relaciones y situaciones jurídicas mediante la expedición de actos administrativos, sin necesidad de acudir previamente al juez, y por ende, está facultado para liquidar los contratos, en que es necesario por su naturaleza o respecto de los cuales se pactó, que haya celebrado y estén terminados por cualquier causa y ha aceptado que la exorbitancia se manifiesta dentro de la operación contractual mediante la expedición de decisiones administrativas unilaterales o actos administrativos.

En este punto debe tenerse en cuenta, que los Servidores Públicos tienen responsabilidad, disciplinaria; civil, penal, fiscal, los contratistas, civil y penal, los consultores, interventores y asesores responsabilidad Civil y penal (por incumplimiento de sus obligaciones y por hechos u omisiones que causen daño o perjuicio a las entidades) y contra todos ellos es viable instaurar la acción de repetición.

El privilegio de la decisión previa permite que la Administración declare sus derechos sin necesidad de dirigirse previamente al juez.

“La oficiosidad de las cláusulas excepcionales nace para la Administración cuando un acto administrativo suyo está en firme y no está sujeto a plazo ni condición, para hacerlo cumplir directamente contra el particular que se resiste”⁷.

De igual forma, la jurisprudencia ha sido reiterada en el sentido de que la caducidad y en general las formas anormales de terminación unilateral en los contratos de tracto sucesivo, no podrán declararse después de su vencimiento.

En virtud de la estipulación de estas cláusulas, el contratante particular debe forzosamente someterse a pactarlas, sin que en contrapartida pueda reclamar igual tratamiento, y por lo tanto debe aceptar en su contra la inclusión de cláusulas como la de caducidad del contrato la de multas y la penal pecuniaria.

Siendo así las cosas, se podría pensar que con la aplicación de estas potestades, la entidad contratante incurre en flagrante violación del artículo 1602 del Código Civil, conforme al cual todo contrato legalmente celebrado.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Expediente radicación número: 10703 SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MARIA HELENA GIRALDO. Bogotá, Junio 22 de 2000.

Pero, no es menos cierto, que la administración se vale de sus poderes privilegiados de utilizar las cláusulas excepcionales de terminación unilateralmente el contrato, para salvaguardar el interés común.

De ahí que para el Consejo de Estado, estas cláusulas se definan como:

“Poderes de verticalidad legal, o medios que utilizan las entidades estatales para el logro de los fines de la contratación o cumplimiento del objeto contractual”⁸.

Pero de igual forma, advierte la Jurisprudencia, que todas las potestades excepcionales se ejercerán mediante Acto Administrativo contractual motivado “Siempre que no se logre acuerdo” en las discrepancias sobre interpretación y modificación unilaterales, salvo las de terminación unilateral y caducidad que no requieren el agotamiento previo de este aludido presupuesto”⁹.

Los límites de estas cláusulas están señalados por la juridicidad de la actividad administrativa, tanto en su aspecto reglado como en el discrecional.

Finalmente debemos señalar que, existe otro género de cláusulas, las especiales que anteriormente tuvieron cabida en la legislación y hoy son objeto de pacto, o sea cláusulas o estipulaciones contractuales, que incluyen las multas y las denominadas penales pecuniarias; finalmente, otras actuaciones privilegiadas de la Administración entre las cuales se mencionan la liquidación unilateral y la terminación por nulidad absoluta. (Artículo 44 Ley 80 de 1993).

2.2.2. MARCO JURÍDICO.

2.2.2.1. Marco Constitucional.

El tema de las cláusulas excepcionales se encuentra relacionado con los siguientes principios constitucionales:

- Cumplimiento de los fines del Estado.- Los funcionarios públicos tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los

⁹ RODRÍGUEZ Gustavo Humberto. Nuevos contratos Estatales-Comentarios a la Ley 80 de 1993 con Doctrinas y Jurisprudencias. Editorial Librería Jurídica. Bogota 1994. Pag. 216.

servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley. (Artículo 2do. C.N)

- Responsabilidad.- Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. (Artículo 6)

Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. (Artículo 123.2)

- Igualdad.- Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (Artículo 13)

- Interés General.- La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. (Artículo 209)

- Buena Fe.- Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas. (Artículo 83)

- El Debido Proceso: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. (Artículo 29)

2.2.2.2. Marco Legal.-

- Código Contencioso Administrativo.-

"Artículo 2°. Los funcionarios públicos tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley".

"Artículo 3°. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera."

- LEY 80 DE 1993: Estatuto de la Contratación Administrativa. En igual forma y en desarrollo de los mismos preceptos, los principios universales asociados al interés general, la ley 80 de 1993, desarrolla postulados relacionados con los fines de la contratación estatal (art. 3°), con los derechos y deberes de las entidades estatales y de los contratistas (arts .4° y 5°), la capacidad (6°), que deben presidir la contratación en las entidades del Estado, ya que tocan con la moralidad, la continuidad y prestación eficiente de los servicios públicos, y con la garantía de los derechos de los administrados.

El Título II de la Ley 80 de 1993 denominado “De los Principios de la Contratación Estatal” establece en su artículo 23 que:

“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad Y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

El artículo 1ro., de la ley 80 de 1993, dispone las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales que para los solos efectos de esta ley (artículo 2) corresponden a la Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

Esta legislación no es aplicable, sin embargo, a los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica, pues estas se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado, como lo dijimos anteriormente.

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. (Artículo 3ro.)

Las entidades estatales: 1. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, igual exigencia podrán hacer al garante. 2. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar y revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan. 3. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado. 4. Sin perjuicio del llamamiento en garantía, repetirán contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual. 5. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratación directa. (Artículo 4to.)

De conformidad con el artículo 14, numeral 2do. de la ley de contratación, las entidades estatales, para el cumplimiento de los fines de la contratación, pactarán las cláusulas excepcionales de terminación, interpretación y modificación unilaterales, cláusula de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.

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

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. (Artículo 15)

De La Terminación Unilateral. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos: 1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. 2. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista. 3. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. (Artículo 17).

La Caducidad y sus Efectos. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. (Artículo 18).

Los Principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo. (Artículo 23).

Principio de Responsabilidad. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. (Artículo 26 No.1)

Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. (Artículo 26 No.2)

La Interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativos a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos. (Artículo 28).

En materia de control a la gestión contractual en nuestro país existen diferentes autoridades que lo ejercen, tal es el caso del Ministerio público -Procuraduría General de la nación y agentes del ministerio público, quienes de conformidad con los artículos 62 y 63 del Estatuto General de Contratación, adelantaran de oficio o a petición de parte las investigaciones disciplinarias correspondientes frente a la inobservancia de los fines y principios de la contratación estatal.

De igual manera según lo ordena el artículo 64 de la citada norma, la Fiscalía General de la Nación de oficio o por denuncia investigara penalmente las conductas constitutivas de delito en la actividad contractual, y acusara a los presuntos infractores ante el juez competente.

Existe además el control fiscal ejercido por la Contraloría General de la Nación quienes ejercen el control fiscal sobre los bienes y recursos públicos involucrados en asuntos de contratación pública.

Las Entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. (Artículo 50)

El Servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley. (Artículo 51).

Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. (Artículo 52)

Los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, Interventoría o asesoría. (Artículo 53).

El servidor público que realice alguna de las conductas tipificadas en los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales. (Artículo 57).

- LEY 1150 DE 2007: Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Ley 1150 de 2007 y cuyas reformas fueron expuestas en el capítulo anterior.

Cabe señalar que la Ley 80 de 1993 de Contratación Pública, tratándose de amoldarse a los intereses del Gobierno y de Estados Unidos principalmente, contenidos en tratado de libre comercio TLC, fue reformada por la ley 1150 de 2007 y Decreto reglamentario 066 de 2008. Sin embargo, antes de su expedición, ya el Gobierno Nacional había tomado cartas en el asunto aunque de manera anticipada, en virtud del artículo 45 la Ley 489 de 1998, el Gobierno nacional ha creado una Comisión Intersectorial de Contratación Pública, cuya función entre otras, es tratar el capítulo de TLC en Contratación Pública y protección a la industria nacional.

Por ejemplo, en desarrollo de esta política, el artículo 22 de la ley 80 de 1993, fue modificado por el artículo 6o de la ley 1150 de 2007, estableciendo que todas las personas que aspiraran a celebrar contratos con entidades estatales deberán inscribirse en el Registro único de Proponentes del registro único empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal, sin distinguir el tipo de contrato y adicionalmente el artículo amplió los contratos que no requerirían dicho registro, como los casos de contratación directa, contratos para la prestación de servicios de salud, contratos cuyo valor no supere el diez por ciento de la menor cuantía de la respectiva entidad, la enajenación de bienes del Estado; los contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los contratos de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de Economía Mixta y los contratos de concesión de cualquier índole.

Agrega el artículo que para efectos del registro, les corresponderá a las Cámaras de Comercio la verificación documental de la información presentada por los interesados. Esto supone que la información que se acredite solo se demostrará a través de este instrumento.

Con respecto a la inscripción en el Registro de Proponentes de Personas Jurídicas Extranjeras sin domicilio en Colombia, el artículo 22 numeral 4to., señalaba que se les exigiría documento que acreditara la inscripción en el registro correspondiente en el país de su domicilio principal.

Este artículo como señaló fue modificado por el parágrafo segundo del artículo 6o de la ley 1150 de 2007, y deberán establecerse las condiciones de verificación de la información que exige la nueva ley para las personas extranjeras sin domicilio en Colombia.

- DECRETO 1436 DE 1998: Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993 en materia de selección de intermediarios de seguros.

- DECRETO 856 DE 1994: Por el cual se reglamenta el funcionamiento del registro de proponentes en las Cámaras de Comercio que tiene por objeto la inscripción, la clasificación y la calificación de todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales los contratos señalados en el artículo 22 de la Ley 80 de 1993.

- DECRETO 280 DE 2002: Reglamenta parcialmente el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, y relaciones contractuales reguladas contratos concesión.

- DECRETO 327 DE 2002: Reglamenta lo referente a la publicación de contratos.

- DECRETO 393 DE 2002: Por el cual se modifican parcialmente los Decretos 856 de 1994 y 92 de 1998, por medio de los cuales se reglamenta el funcionamiento del registro de proponentes en las Cámaras de Comercio y se fijan las relativas a los registros de proponentes y mercantil.

- DECRETO 1696 DE 2002: Por el cual se reglamenta el artículo 36 de la ley 80 de 1993, sobre el término de duración de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones.

- DECRETO 2434 DE 2006: Sobre la publicación de los contratos en el portal único de contratación (medios electrónicos), para efectos de combatir la corrupción y competencia desleal, que modifica parcialmente el Decreto 2170 de 2002, en su artículo 1ro., estableció que las entidades estatales publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia de los procesos de licitación o concurso público, en el Portal Único de Contratación con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones al contenido de los documentos antes mencionados.

- DECRETO 066 DE 2008: Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007 que a su vez reformó la Ley 80 de 1993, como las modalidades de selección y señala disposiciones generales en materia de publicidad y selección objetiva en los procesos de contratación pública.

- RESOLUCIÓN 052245 DE 2001: Que reglamenta la competencia para el control de la contratación en casos de urgencia manifiesta.

- RESOLUCIÓN 05313 DE 2002: Por la cual se establece la organización y operación del sistema de información para la Vigilancia de la contratación estatal CUBS y Registro Único de Proponentes RUPR.

- LEY 734 DE 2002 O CODIGO UNICO DISCIPLINARIO.- Los servidores públicos para el ejercicio de sus funciones están sometidos a las reglas de competencia, a través de las cuales se establecen las obligaciones y las prohibiciones que les son propias en el ejercicio de sus cargos.

La responsabilidad en la contratación está radicada en el representante legal de la respectiva entidad, según el artículo 25 numeral 10 de la Ley 80 de 1993, y dicha facultad es delegable por disposición expresa de la norma.

El Código Disciplinario Único, respecto a contratación, señala como Faltas Gravísimas las siguientes:

Celebrar contratos de prestación de servicios con dedicación de tiempo completo, subordinación y ausencia de autonomía. (numeral 29 del art. 48 de la ley 734 de 2002).

Celebrar contratos con personas inhabilitadas o en incompatibilidad. (numeral 30 del art. 48 de la ley 734 de 2002).

Declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello. (numeral 32 del art. 48 de la ley 734 de 2002).

Declarar la urgencia manifiesta sin los presupuestos de ley. (numeral 33 del art. 48 de la ley 734 de 2002).

- LEY 599 DE 2000 O CODIGO PENAL CAPITULO CUARTO DE LA CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS:

Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.

“El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, 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”.
(Artículo 408).

Interés indebido en la celebración de contratos.

“El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, 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”.
(Artículo 409).

De este artículo, se infiere que el legislador pretendió sancionar la violación al ordenamiento jurídico cuando se desconocen por parte de los servidores públicos las finalidades de la contratación estatal, es decir, el legislador sanciona toda actividad desviada del funcionario público que no busque el interés general, sino sus propios intereses particulares o los de terceros.

Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

“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”. (Artículo 410).

Dentro de las conceptos que permiten determinar la responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal de los servidores públicos, se encuentra uno denominado desvío de poder, que es aquel comportamiento en que incurren los servidores públicos en donde sus actos tienen una apariencia de cumplir con el principio de legalidad, pero los fines de dichas actuaciones no están destinadas a garantizar el interés general sino que buscan objetivos diversos como los intereses personales o de terceros.

2.2.2.3. Marco Jurisprudencial

2.2.2.3.1. Corte Constitucional.-

- SENTENCIA C-454-94: “La terminación unilateral, es un mecanismo de la administración que le permite darlo por terminado, cuando se presenten determinadas situaciones sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato, por consideraciones que se relacionan con exigencias del servicio público, situación de orden público, incapacidad del contratista de ejecutarlo totalmente, debido a factores como lo son muerte, incapacidad física, y de carácter patrimonial. Para esta Corporación, la incapacidad física a que se refiere la parte acusada de artículo 17 de la ley 80 de 1993, debe interpretarse en el sentido que aquella impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, cuando ellas dependan de las habilidades físicas del contratista”.

- SENTENCIA T-147-1996: La Corte se pronunció sobre la oportunidad de la tutela para evitar un perjuicio irremediable en la participación de un proceso de selección que imponga reglas que atentan contra el principio de igualdad.

- SENTENCIA T-362-00: “Terminación unilateral de contrato de trabajo. Manifestación expresa de causa o motivo. Es una obligación de la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo manifestarle a la otra parte, en el momento de la decisión de extinguir el contrato cuáles son los motivos concretos y exactos de esa determinación, y posteriormente no podrá alegar válidamente causales o motivos diferentes.

2.2.2.3.2. Consejo de Estado.-

- SENTENCIA 11345/90: Se expresa en la misma sentencia que, vencido el término del contrato, se inicia la etapa de liquidación, y que no resulta razonable sostener que en esta fase la administración no puede hacer uso de sus potestades sancionatorias, puesto que vencido el plazo del contrato es cuando puede exigir y evaluar su cumplimiento y de manera especial definir si fue satisfactorio. Como el contrato- en el caso juzgado- aun no se había liquidado, la administración estaba legalmente autorizada para declarar la caducidad del contrato en la oportunidad en que lo hizo, ante los faltantes e inconsistencias que encontró con posterioridad a la entrega.

- SENTENCIA 9967/97: En este fallo para el Consejo de Estado, la administración tiene poderes excepcionales e inusuales a lo que las partes tienen en el contrato privado; poderes que le permiten terminar o caducar el contrato, modificarlo o interpretarlo, en forma unilateral, y cuando para el efecto no se haya podido poner de acuerdo con su contratista salvo por motivos de conveniencia y cuando el orden público, lo imponga; poderes que le permiten liquidar el contrato y en ciertas circunstancias declarar su incumplimiento.

Pero la excepcionalidad, esta sometida a límites temporales. Así no podrá terminar o caducar el contrato, interpretarlo o modificarlo después de su vencimiento, so pena de que el acto administrativo quede afectado de nulidad. La liquidación por razones obvias si es posible luego de su terminación normal o anormal, en especial los contratos de suministro u obra pública.

- SENTENCIA 10781/99: Del artículo 1692 del Código Civil se desprende que si las obligaciones que intervienen en la novación o alguna de ellas son condicionales, los efectos de la novación se suspenden hasta el cumplimiento de la condición.

Con la celebración de ese acuerdo las partes del contrato expresamente lo dieron por terminado, no condicionaron su vigencia a la constitución de la hipoteca y se extinguieron en consecuencia las obligaciones allí contraídas a cambio de las que se convinieron en el acta de acuerdo, lo cual hizo evidente la novación de dichas obligaciones.

Si bien es cierto, la ley hace referencia a los modos de terminación del contrato entre los cuales cabe señalar la terminación unilateral por las razones hoy recogidas en el Art. 17 de la ley 80 de 1993 (antes por razones de orden público o coyuntura económica crítica, Art. 19 D.L. 222 de 1983), la caducidad del contrato, la terminación por declaración judicial y el caso que preveía el decreto ley 222 de 1983 en el artículo 13 (los contratos celebrados contra expresa prohibición, hoy recogido en el Art. 45 de la ley 80 de 1993).

Art. 68 (cuando el contratista se negare a constituir las garantías del contrato), también lo es, que bajo el régimen común pueden plantearse otras posibilidades de terminación anormal como lo es el acuerdo entre las partes y el desistimiento del contratista”.

-SENTENCIA No. 1293/00: Contrato Estatal.-

“El régimen de cláusulas exorbitantes que rigió en la legislación colombiana fue reemplazado por otro en el cual cambia incluso la denominación por la de cláusulas excepcionales y básicamente se consideran como tales las de interpretación, modificación y terminación unilateral de los contratos, incluida la declaratoria de caducidad; también se clasifica en este mismo rango la que establece el sometimiento a las leyes nacionales (anteriormente equivalía a la denominada renuncia a la reclamación diplomática)”.

- SENTENCIA No. 10540/2000.- En cuanto al término para el ejercicio de las potestades excepcionales en la actividad contractual, la administración puede declarar el incumplimiento (o la caducidad) después de vencido el plazo de ejecución y antes de la liquidación o dentro del acto liquidatorio, pero no después de la expedición de éste. La evaluación del cumplimiento y la aplicación de correctivos y sanciones, son válidas si se imponen durante el plazo del objeto del contrato y la liquidación del mismo. Practicada la liquidación o vencido el plazo para hacerla, la administración queda despojada de sus potestades sancionatorias y el incumplimiento imputado al contratista debe ser constatado por el juez.

CONCEPTO.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Radicación 1293/2000.- Se entiende como cláusulas excepcionales las de interpretación, modificación y terminación unilateral de los contratos, incluida la declaratoria de caducidad; también se clasifica en este mismo rango la que establece el sometimiento a las leyes nacionales.

- SENTENCIA 14579/2005.- Las denominadas cláusulas exorbitantes, conocidas hoy como excepcionales al derecho común y que en el Decreto 222 de 1983 ocupaban un lugar preferencial, pues eran de obligatoria inclusión, fueron derogadas por la Ley 80 de 1993, que además restringió la aplicación de cláusulas excepcionales al derecho común, estableciendo criterios más exigentes para imponerlas, limitando aquellos contratos para los cuales procede su inclusión, ya sea obligatoria o voluntaria.

2.2.2.4. La Doctrina.-

Para la Doctrina Constitucional y Administrativa:

Las Cláusulas Excepcionales, son cláusulas derogatorias del derecho común, inadmisibles en los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que prima en la contratación civil. En otros términos, son cláusulas inusuales en el derecho privado, o que incluidas en un contrato de derecho común resultarían "ilícitas", por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público. Estas estipulaciones tienen por objeto crear en las partes derechos y obligaciones extraños, por su naturaleza, a los cuadros de las leyes civiles o comerciales.

En virtud de estas cláusulas, la Administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, modificar unilateralmente las condiciones del contrato, dar directivas a la otra parte, declarar extinguido el contrato por sí y ante sí, imponer sanciones contractuales, etcétera. Ejemplificando, digamos que son inusuales o inhabituales en derecho privado, las cláusulas que facultan a la Administración Pública a rescindir el contrato por sí y ante sí, o a dar instrucciones a su contratista, o que la Administración quede exenta de responsabilidad por mora en los pagos.

Las cláusulas exorbitantes pueden ser virtuales o implícitas y expresas o concretas; ejemplo de las primeras son las que autorizan a la Administración a rescindir o modificar unilateralmente el contrato, a dirigir y controlar su ejecución.

La doctrina menciona otras cláusulas como de privilegio porque denotan algún tipo de ventaja para la entidad estatal contratante, pero no operan ni tendrían los mismos privilegios de las anteriores. Se mencionan la de reversión y la de garantías, bajo el argumento de que no constituyen materia totalmente ajena a la contratación privada y límites de las cláusulas excepcionales.

3. DE LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL MUNICIPIO DE POTOSÍ – NARIÑO

A pesar de contarse con las facultades propias de las cláusulas excepcionales, las entidades estatales, siguen obligadas a la aplicación de las mismas sin olvidar los derechos del contratista y mucho menos su propios deberes como sujeto contractual.

Para algunos autores, son cláusulas inusuales en el derecho privado, o que incluidas en un contrato de derecho común resultarían "ilícitas", por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público, que tienen por objeto crear en las partes derechos y obligaciones extraños, por su naturaleza, a los cuadros de las leyes civiles o comerciales.

Ejemplificando, digamos que son inusuales o inhabituales en derecho privado, las cláusulas que facultan a la Administración Pública a rescindir el contrato por sí y ante sí, o a dar instrucciones a su contratista, o que la Administración quede exenta de responsabilidad por mora en los pagos.

En virtud de estas cláusulas, la Administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, modificar unilateralmente las condiciones del contrato, dar directivas a la otra parte, declarar extinguido el contrato por sí y ante sí, imponer sanciones contractuales, etcétera, y el Municipio de Potosí (N), no es ajeno a esta situación.

3.1. COMPETENCIAS EN EL PROCESO CONTRACTUAL

La estructura del Municipio de Potosí (Nariño), es la siguiente:

El Alcalde, quien es el representante legal del Municipio y ejecutor del gasto.

En segundo nivel se encuentran los Secretarios de Hacienda, Planeacion. Asesor de Planes y Proyectos específicos y asesor Jurídico externo.

En materia presupuestal se sabe que el señor Alcalde Municipal, ejecuta el gasto e igualmente en materia de contratación, solo puede hacerlo directamente en cuantías no superiores a los 5.400.000 de Pesos, el resto de contratación por encima de este tope lo realiza por invitación publica o licitación.

En lo que respecta al ejercicio de la función administrativa, diremos que su manejo se rige a la Constitución y las leyes de manera general, Decretos Resoluciones, circulares, memorandos etc.

El competente para los trámites y la celebración de contratos en nombre del Municipio de Potosí Nariño, es el Alcalde en su calidad de representante legal quien puede delegar total o parcialmente la competencia para la realización de licitaciones o concursos o para la celebración de contratos, en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o sus equivalentes, para el caso Secretarios del Despacho. (Ley 80 de 1993 en su artículo 11 numeral 1 y numeral 3 literal c).

Quien ejerza la delegación otorgada será responsable por sus actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones en los términos que establece el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 y demás normas que la modifiquen, reglamenten o complementen.

Para los trámites y la celebración de contratos, y, además, la imposición de sanciones, declaratoria de caducidad, celebración de adiciones, modificaciones por mutuo acuerdo, liquidación, terminación, modificación e interpretación unilateral y demás actos inherentes al procedimiento de contratación estatal estará a cargo del ordenador del gasto- para el caso el Alcalde Municipal.

3.2. ESTUDIO DE CASO.

En Diciembre del año 2004, el Municipio de Potosí (N), suscribió con el señor Segundo Buenaventura Dorado, contrato de Obra Publica No. 015, cuyo objeto era la realización de trabajos de corte y desalojo de material común en una cantidad de 1.750 Mts³, con el propósito de adecuar la cancha Multifuncional del Colegio Santa Teresita de Mueses del Municipio de Potosí, el plazo estipulado fue de 15 días a partir de la firma del contrato que se prorrogó por 15 días más. Igualmente se pactó a pagar el valor de \$7.000.000 por la obra contratada.

Legalizado el contrato, cancelado el anticipo y faltando pocos días para el vencimiento del término del contrato, el interventor de la obra presenta informe al primer mandatario municipal, en el cual da cuenta del reiterado incumplimiento por parte del contratista para ejecutar a cabalidad la obra civil, pese a dos requerimientos realizados por el supervisor.

En este contexto, se remite la documentación respectiva al asesor jurídico externo, quien procede inmediatamente a declarar la caducidad del contrato, mediante Acto administrativo (Resolución del 22 de Diciembre de 2004), para evitar que se continúen causando perjuicios a la entidad y comunica a la compañía aseguradora

para hacer efectiva la Garantía Única de Cumplimiento y buen manejo del anticipo y a la Procuraduría General de la Nación, para que adelante las investigaciones disciplinarias a que haya lugar en contra del contratista.

3.3. ANÁLISIS DE LA INFORMACION Y RESULTADOS

Una vez desarrollados los aspectos relacionados con el marco referencial, se procederá a la tabulación y análisis de la información con las respuestas de la encuesta y datos proporcionados por 10 funcionarios del Municipio de Potosí, quienes participan activamente en el proceso contractual, de la siguiente manera:

Tabla 1. Nivel Educativo Del Encuestado

Nivel Educativo	Numero De Personas	Porcentaje
Primaria	0	0%
Secundaria	2	20%
Superiores	8	80%
Ninguno	0	0

Fuente: Encuesta realizada a 10 funcionarios del nivel directivo, asistencial y contratistas del Municipio de Potosí (N)

El 80% de los encuestados son profesionales con estudios superiores de contador, abogado, ingeniero de sistemas etc, que se desempeñan como funcionarios de dirección en el área financiera, Planes y proyectos, control interno y oficina jurídica. Solamente el 20% restante cuenta con estudios secundarios, como los auxiliares administrativos asistenciales.

Tabla 2. Conocimiento en general sobre el procedimiento contractual en sus etapas precontractual, contractual y ejecución en el Municipio de Potosí (N).

Procedimiento Contractual (Ley 80 de 1993 y decretos Reglamentarios)	No. Personas Conoce		Porcentaje	
	Si	No	Si	No
Procedimiento Precontractual	10	0	100%	0%
Procedimiento contractual	10	0	100%	0%
Ejecución del contrato	10	0	100%	0%

Fuente: Encuesta realizada a 10 funcionarios del nivel directivo, asistencial y contratistas del Municipio de Potosí (N)

Se observa que 10 funcionarios, esto es, el equivalente al 100% de los encuestados, conocen de alguna forma el procedimiento precontractual, contractual y la ejecución de los contratos en sus diversas modalidades (Obra pública, suministro, compraventa, prestación de servicios etc), que el ente territorial suscribe con personas naturales y jurídicas, para el buen funcionamiento del Municipio y el cumplimiento de sus fines estatales.

Los funcionarios conocen ampliamente el tema por experiencia, ya que son más de diez años de aplicación de la ley 80 de 1993 y Decretos reglamentarios.

Sin embargo, manifiestan su preocupación por el desconocimiento principalmente sobre las nuevas modalidades de contratación administrativa, como son el concurso de méritos y la selección abreviada previstas en la ley 1150 de 2007 y Decreto reglamentario 066 de 2008.

Tabla 3. Existe Delegación en materia de Contratación en el Municipio de Potosí (N)

Delegación en materia de contratación	No. Personas		Porcentaje	
	Si	No		
Existe	0	10	0%	100%

Fuente: Encuesta realizada a 10 funcionarios del nivel directivo, asistencial y contratistas del Municipio de Potosí (N).

El 100% de los encuestados (10 funcionarios) coinciden en afirmar que en el Municipio de Potosí no existe delegación en materia de el proceso de contratación estatal, y esto se corrobora con la información documental recolectada que demuestra que a la fecha no existe acto administrativo de delegación donde se determine de manera precisa la persona delegataria y las funciones en contratación, materia de delegación.

Tabla 4. Conocimiento de las Cláusulas excepcionales consagradas en la Ley 80 de 1993.

Cláusulas excepcionales	No. Personas		Porcentaje	
	Si	No	Si	No
Generalidades	10	0	10%	0%
Clases	8	2	80%	20%
Causas de aplicación	6	4	60%	40%

Fuente: Encuesta realizada a 10 funcionarios del nivel directivo, asistencial y contratistas del Municipio de Potosí (N).

En este punto, se pudo establecer que el 100% de los encuestados, si tienen un conocimiento general sobre las cláusulas excepcionales y las identifican como los medios que pueden utilizar las entidades públicas para el cumplimiento del objeto contractual, previstas en la Ley 80 de 1993.

Pero adentrándose más en el tema, solamente el 80% de los encuestados clasifica y diferencia las cláusulas excepcionales de terminación, interpretación y modificación unilateral, de caducidad y conocen que las mismas se entienden pactadas en los contratos de obra, suministro y de prestación de servicios etc.

Así mismo, tienen claro que las mismas se encuentran prohibidas y tampoco se entienden incorporadas en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos, de empréstito, donación y arrendamiento y en los que tengan por objeto actividades industriales y comerciales, o el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas y en los contratos de seguros tomados por las entidades públicas.

Por el contrario, con el 20% restante, se encuentran quienes no las clasifican o saben diferenciar entre una y otra de las cláusulas excepcionales, porque a su decir, esta es una tarea que le corresponde dilucidar al asesor jurídico externo del Municipio.

Lo mismo sucede, respecto a las causas que originan su aplicación, en el que se vislumbra un cierto grado de desconocimiento. De los 10 encuestados, 6 personas afirman con claridad las causales previstas en la ley 80 de 1993 para la aplicación de estas potestades administrativas, mientras que el 40% restante señalan que no las conocen y que corresponde al asesor jurídico aplicar estas facultades de la administración en caso de incumplimiento del contrato previo informe del interventor del contrato.

Tabla 5. Periodo en el cual usted se los encuestados se han desempeñado en su cargo y el número de casos en los cuales se aplicaron las cláusulas excepcionales en los 3 últimos años.

Tiempo en el Cargo	No. de Personas		%		No. De Casos	%
	> 2 años	<2 años				
	10	0	100%	10%	1	10%

Fuente: Encuesta realizada a 10 funcionarios del nivel directivo, asistencial y contratistas del Municipio de Potosí (N).

El 100% de las personas encuestadas han pertenecido a la administración municipal por un periodo superior a los dos años, concretamente desde que se inicio la administración municipal en el año 2004.

En este periodo el 100% coincide en afirmar que solamente, se ha presentado un caso de incumplimiento contractual, que dio origen a la aplicación de las potestades exorbitantes de la administración (Caducidad del contrato) y hacer efectiva la Garantía Única de Cumplimiento ante la Compañía Aseguradora.

Esta información fue verificada con la revisión cuantitativa de los contratos y se estableció que en un solo caso existió incumplimiento como causal para la terminación unilateral del mismos, en los últimos 3 años en el Municipio de Potosí (N).

Tabla 6. En caso de incumplimiento del contrato conoce cual es el procedimiento a seguir.

Procedimiento en caso de Incumplimiento del Contrato	No. Personas	Porcentaje
Si	8	80%
No	2	20%

Fuente: Encuesta realizada a 10 funcionarios del nivel directivo, asistencial y contratistas del Municipio de Potosí (N).

El 80% de los funcionarios, conoce cual es el procedimiento a seguir en caso de incumplimiento del objeto contractual. Señalan que cuando el contratista no ejecuta el contrato a satisfacción, el interventor del contrato encargado de realizarle seguimiento, debe requerir al contratista para que cumpla el objeto convenido y en caso de persistir el incumplimiento, deberá documentarlo y remitirlo al representante legal y su asesor Jurídico, para que adelante los trámites de la sanción respectiva ya sea multa, cláusula penal, garantía, caducidad, etc, previa elaboración del acto administrativo y notificación acorde con el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo (Art. 44).

En firme la Resolución Sancionatoria, se proceda a comunicar al área Financiera el proceso adelantado para que efectúen los descuentos a que haya lugar, al interventor, a la aseguradora, a la Cámara de Comercio y las demás dependencias interesadas en el proceso.

El 20% restante, afirma que no conoce el procedimiento, por ser éste competencia del Asesor Jurídico del Municipio.

Tabla 7. Las consecuencias de la no aplicación de las Cláusulas excepcionales.

Consecuencias	No. Personas	Porcentaje
interrupción, retardo o paralización en la continuidad de la actividad, función o servicio público, para beneficio del interés común.	5	50%
Detrimento Fiscal y violación del principio de economía.	3	30%
Hallazgos Fiscales- Investigación Fiscal- Proceso Disciplinario- Investigación Pena- demandas contra el Estado.	2	20%

Fuente: Encuesta realizada a 10 funcionarios del nivel directivo, asistencial y contratistas del Municipio de Potosí (N).

con un 50%, la principal consecuencia de la no aplicación de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración Municipal, es la interrupción, retardo o paralización en la continuidad de la actividad, función o servicio público, para beneficio del interés común, como cuando por ejemplo: En un contrato de obra pública (pavimentación), la entidad estatal contratante se abstiene de interpretar unilateralmente en acto administrativo motivado, aquellas estipulaciones del contrato que paralizan o afectan gravemente la prestación del servicio público, contrariando así la visión global, la finalidad del contrato, los principios generales, el equilibrio contractual.

Como consecuencia mediata con un 30%, el detrimento fiscal y violación del principio de economía por el incumplimiento de contratista.

Finalmente, con un 20% se refiere como consecuencia la formulación de hallazgos fiscales, proceso disciplinario o penal, que surgen como retaliación a la inoperancia de la administración municipal de hacer valer las potestades excepcionales que la ley otorga, con los efectos que ello implica.

Tabla 8. Hallazgos Fiscales de la Contraloría Departamental de Nariño por la no aplicación de las cláusulas excepcionales. (Últimos 3 años)

Hallazgos fiscales	No. Personas	Porcentaje
Si	0	0%
No	10	100%

Fuente: Encuesta realizada a 10 funcionarios del nivel directivo, asistencial y contratistas del Municipio de Potosí (N).

No existen hallazgos formulados por parte de la Contraloría Departamental de Nariño por la no aplicación de las cláusulas excepcionales, en contra del Municipio de Potosí (Nariño), así lo señalan 10 de los encuestados y principalmente y el encargado del control interno en la administración municipal. (Esta información fue corroborada con prueba documental recaudada).

Tabla 9. Investigaciones Disciplinarias por la no aplicación de las cláusulas excepcionales. (Últimos 3 años)

Investigación disciplinaria	No. Personas	Porcentaje
Si	0	0%
No	10	100%

Fuente: Encuesta realizada a 10 funcionarios del nivel directivo, asistencial y contratistas del Municipio de Potosí (N).

No se registran investigaciones disciplinarias adelantadas por la Personería municipal como ente de control y vigilancia administrativa, que se haya surtido por la no aplicación de las cláusulas excepcionales, por queja o informe de servidor Público.

En términos generales los resultados de la encuesta muestran que el nivel de cumplimiento contractual en el Municipio de Potosí (N) es Alto, por el poder de dirección, control y vigilancia de los contratos que ejercen sus funcionarios en sus diferentes etapas, principalmente la ejecución, situación que genera, obviamente que estas facultades potestativas de la administración no se ejerciten y pro ende, no hay consecuencias negativas que se susciten en contra del municipio.

3.4. OBSTÁCULOS APLICACIÓN DE CLÁUSULAS EXCEPCIONALES.-

Entre los obstáculos que señalan los encuestados, a manera de referencia para la aplicación de potestades administrativas, que acontecieron en anteriores administraciones, según las encuestas se encuentran:

El vencimiento de términos, que en el caso de la caducidad y terminación unilateral del contrato es de dos (2) años, lo que genera la pérdida de competencia de la administración para declararlas, deviniéndose en detrimento patrimonial del Estado y la no efectividad de las Pólizas.

Una deficiente interventoría, que compromete la ejecución del objeto contractual, porque el supervisor, descuida sus labores de requerir al contratista en caso de inejecución, ejecución indebida, deficiente y/o lenta.

Una inadecuada asesoría Jurídica, porque se remitía la documentación al abogado externo del Municipio, para que adelantara las sanciones pertinentes por el incumplimiento contractual y muchas veces por lo engorroso del trámite, dejaba pasar los términos, perdiendo el ente territorial para sancionar el incumplimiento contractual o el trámite realizado no cumplía con los presupuestos legales para tal efecto y sucumbía en vía gubernativa. Finalmente con un 10% se atribuye la no aplicación de las cláusulas exorbitantes a la corrupción administrativa.

3.5. CONSECUENCIAS DE LA NO APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL MUNICIPIO DE POTOSÍ –NARIÑO Y MEDIDAS PARA MEJORARLO

La competencia unilateral de la Administración para la interpretación, modificación y terminación de los contratos, comporta esta potestad solo por razones de interés público y en caso de que afecte al contratista tal situación, conlleva para el contratante la obligación de mantener el equilibrio financiero inicial del contrato y a la reparación o indemnización de perjuicios a favor de aquél.

La Administración provista de esta competencia por el ordenamiento jurídico, en caso de extrema gravedad, no busca un efecto punitivo contra el administrado que le colabora en la consecución de los fines del Estado, sino que es un medio de control para evitar que las entidades públicas tengan obstáculo jurídico que les imponga interrupción, retardo o paralización en la continuidad de la actividad, función o servicio público, para defensa del interés común y a su vez en beneficio del patrimonio público ya que impide la violación del principio de la economía susceptible de afectarse por las circunstancias que le dan origen a su declaratoria.

Es por ello, que resulta imperioso que la Administración gestora del interés público no renuncie a sus funciones administrativas, principalmente cuando el contratista no cumple dentro del plazo establecido en el contrato, (por lo general su vencimiento pone en evidencia el incumplimiento), la administración debe sancionar su incumplimiento para garantizar la prestación del servicio o la ejecución de los contratos en forma regular, continua y eficiente, siempre y cuando los motivos que originen la aplicación de las cláusulas excepcionales, sean ciertos contemplados expresamente por la ley, como habilitantes para el ejercicio de la facultad.

Las consecuencias mediatas de la no aplicación de las cláusulas excepcionales en materia de contratación son:

1. La interrupción, retardo o paralización en la continuidad de la actividad, función o servicio público, para beneficio del interés común.

2. Detrimento Fiscal y violación del principio de economía.
3. Malversación del anticipo o dineros entregados por el avance de obra.
4. La Formulación de hallazgos fiscales, investigación fiscal, apertura de proceso disciplinario e Investigación Penal.

Estas consecuencias no se vislumbran en el caso del Municipio Potosí (N), en los últimos tres (3) años, porque el ente territorial, a manera preventiva ejerce su autocontrol, a través del buen manejo en materia de contratación, con una adecuada planificación de los contratos, correcta elaboración de las minutas en las cuales se incluyen las cláusulas excepcionales, la determinación de las funciones específicas del interventor del contrato en el acto administrativo que lo designa, el sorteo adecuado de imprevistos, adecuada asesoría jurídica, el seguimiento y auditoría por parte de control interno etc., evitando así una situación de incumplimiento.

MEDIDAS PARA MEJORARLO:

- Organización procedimiento contractual
- Designación de responsabilidades
- Correcta comunicación entre las Dependencias municipales
- Capacitación a los funcionarios en esta materia en especial interventores.
- Explicar alcances de tipo jurídico ante la no aplicación de las cláusulas excepcionales - acción fiscal, disciplinaria, penal inclusive de repetición.
- Elaborar un manual de procedimientos sobre la aplicación de las cláusulas excepcionales en materia de contratación ley 80 de 1993, ley 1150 de 200y y decreto reglamentario 066 de 2008.
- Capacitación a funcionarios sobre la reforma ley 80 de 1993 y el SECOP.
- Asesoría Jurídica idónea.

CONCLUSIONES

- Las potestades excepcionales de la administración previstas por el ordenamiento jurídico, son medios de control para evitar que las entidades públicas tengan obstáculo jurídico que les imponga interrupción, retardo o paralización en la continuidad de la actividad, función o servicio público, para beneficio del interés común y a su vez en preservación del patrimonio público ya que impide la violación del principio de economía, susceptible de afectarse por la mora en el cumplimiento del objeto contratado.
- Durante la ejecución del contrato, las competencias de la Administración son las más amplias, se permite la aplicación de las cláusulas de interpretación, modificación y terminación unilateral, la caducidad, también son pertinentes los poderes sancionatorios de la llamada cláusula penal y las multas, lo mismo el que le permite hacer efectivas las garantías y es deber de la administración municipal hacer uso de estas prerrogativas.
- Se identifico la existencia de un caso en el cual el Municipio de Potosí (N), ejercito en el año 2004, su poder potestativo con la declaración de caducidad del contrato de obra publica 015 por incumplimiento del objeto contractual.
- El nivel de cumplimiento contractual en el Municipio de Potosí (N) es Alto, por el poder de dirección, control y vigilancia de los contratos que ejercen sus funcionarios en sus diferentes etapas, principalmente la ejecución, situación que genera, obviamente que estas facultades potestativas de la administración no se ejerciten y pro ende, no hay consecuencias negativas que se susciten en contra del municipio.

BIBLIOGRAFIA

ANDRÉS QUINTERO M Y ANDRÉS MUTIS V. Los Contratos del Estado en la Ley 80 de 1993. Editorial TEMIS S.A. Bogota edición 1995.

GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ. Nuevos contratos Estatales-Comentarios a la Ley 80 de 1993 con Doctrinas y Jurisprudencias. Editorial Librería Jurídica. Bogota 1994.

JAIRO ENRIQUE SOLANO SIERRA. Contratación Administrativa – Comentarios, Legislación Doctrina y Jurisprudencia. Ediciones Librería el Profesional. Bogota 1995.

JORGE BENDEK OLIVELLA. Comentarios al Nuevo Régimen de Contratación Administrativa. Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Editorial ediciones Rosaristas. Bogota edición 1994.

JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO Y CORTE CONSTITUCIONAL Y DOCTRINA. LEGIS. Biblioteca Jurídica digital 2006.

MOMO EDICIONES. Constitución Política de Colombia. Bogotá 2004.

MOMO EDICIONES. Código Nacional Penitenciario Y Carcelario. Bogota 2004

LIBARDO RODRIGUEZ. Derecho Administrativo. 4ta. Edición.

LEYES Y DECRETOS: Ley 80 de 1993, Ley 115 de 2007, Ley 734 de 2002, Ley 599 de 2000, Decreto 856 de 1994, Decreto 1436 de 1998, Decreto 280 de 2002, Decreto 327 de 2002, Decreto 393 de 2002, Decreto 1696 de 2002, Decreto 2434 de 2006, decreto 066 de 2008.

LUIS ALONSO ROCA PUERTA. TEORIA GENERAL Y PRACTICA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Cuarta edición. Editorial LEYER. Bogota 2005.

LUIS EDUARDO SALAZAR REYES. De los Delitos en la Contratación Estatal. Editorial ediciones Nueva Jurídica. Colección de Estudio No. 1 Segunda Edición. Bogota 2002.