

**MAYORES CANTIDADES DE OBRA E ÍTEMS NO PREVISTOS EN LA
CONTRATACIÓN ESTATAL**

**ADELMA ISABEL ÁVILA DORIA
ERNESTO ORLANDO BENAVIDES**

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



**FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

BOGOTÁ

2017

Mayores cantidades de obra e ítems no previstos en la Contratación Estatal

**Adelma Isabel Avila Doria
Ernesto Orlando Benavides**

Trabajo presentado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo

Asesor: Dr. David García

Línea Central de Investigación:

Derecho para la Justicia, la Convivencia y la Inclusión Social

Línea Primaria:

Teoría del Derecho, de la Justicia y la Política

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA



FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

BOGOTÁ

2017

Agradecimientos

A Dios por la oportunidad para superar nuestras metas, al cuerpo Docente de la Universidad por su apoyo y a todas las personas que con sus aportes colaboraron en la culminación del presente proyecto.

Tabla de Contenido

Resumen.....	6
Abstrac.....	7
Introducción.....	8
Categorías.....	9
Proposiciones Problemáticas.....	10
Formulación del Problema.....	10
Justificación del Problema.....	11
Hipótesis.....	12
Objetivos.....	12
Estado del Arte.....	13
Marco teórico –Conceptual.....	25
Reglamentación, procedimiento y reglas en la Contratación Estatal.....	25
Adición del Contrato.....	26
Tratamiento de la Contratación Estatal con relación a las mayores cantidades de obra y los ítems no revistos.....	27
Presupuestos para que proceda la adición.....	33
Adición de un Contrato, celebración de contratos adicionales.....	35
Qué es adicionar un Contrato Estatal?.....	35
La Planeación como principio de Legalidad.....	39
El Desequilibrio Económico ocasionado por la improvisación. Responsabilidad del Contratista.....	43
Desequilibrio Económico de Contrato de Reajuste de precios.....	44
Mayores Cantidades y obras adicionales deben ser acordadas expresamente.....	44
El reconocimiento de los Imprevistos como obras adicionales.....	45
Nueva Tesis de la Contraloría AIU.....	46
Equilibrio Económico.....	47
Mayor Permanencia.....	47
Realidad Fáctica, Financiera y Jurídica.....	48
Autorización de Mayores Cantidades de Obra o Ítems no Previstos.....	48

Impedimentos de los Administradores Públicos.....	49
Conclusiones.....	50
Recomendaciones.....	52
Referencias.....	54
Anexos	

Mayores Cantidades de Obra e Ítems no Previstos en la Contratación Estatal

Resumen

El objeto del presente estudio es presentar ante la comunidad académica, de manera sistematizada los conocimientos sobre las mayores cantidades de obra e ítems no previstos; avances obtenidos mediante una investigación documental y análisis de antecedentes de la Contratación Estatal en materia de obra civil, a partir de los referentes constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal. Por eso este proyecto de investigación recoge e identifica, de forma descriptiva y argumentativa, tanto la génesis, la problemática, los cuestionamientos, la naturaleza jurídica, las características; sumado a lo anterior, permite profundizar en el tema, actualiza su debate y genera el desarrollo de una investigación formal frente al tema.

Palabras claves

Contrato, Contratación Estatal, Obra Civil, Mayores Cantidades de Obra, ítems no previstos.

Abstract

The objective of the present study is to present to the academic community, in a systematized way, the knowledge about the greater quantities of work and unanticipated items; advances obtained through a documentary investigation and analysis of the history of the State Contract in the matter of civil works, based on constitutional, legal, jurisprudential and doctrinal references. That is why this research project collects and identifies, in a descriptive and argumentative way, both the genesis, the problematic, the questions, the legal nature, the characteristics; Added to the above, allows to deepen in the subject, updates its debate and generates the development of a formal investigation in front of the subject.

Keywords

Contract; State Contract; civil work; Greater quantities of work; items not provided

Introducción

Investigar el tratamiento que desde el punto de vista jurídico, tienen las mayores cantidades de obra y los ítems no previstos en la contratación estatal, reviste una importancia capital para los abogados responsables en las Entidades Públicas y para los contratistas de obra civil, que amerita una investigación, tomando para ello como referencia la sentencias que sobre el particular ha producido el órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa como es el Consejo de Estado, lo mismo que basado en la evidencia empírica de casos concretos que se han presentado en Colombia con las Entidades Públicas sean estas de orden nacional, departamental o municipal.

El trabajo tiene sentido en la medida que la Contratación Pública tiene por objeto satisfacer necesidades de orden general, y que para su ejecución los funcionarios públicos están obligados a regirse por el principio de legalidad y los ítems no previstos y las mayores cantidades de obra son elementos sobre los cuales no hay suficiente reglamentación, y, por lo mismo, es causa de inconvenientes para los Administradores, y restricción para el cumplimiento adecuado de lo establecido en la Constitución Política.

De otro lado, la precariedad en la sistematización de esta información, hace que la gestión se convierta en una talanquera como por ejemplo el caso del estadio de Neiva donde la justificación para adicionar ítems no previstos y mayores cantidades de obra no cuentan con el suficiente sustento técnico, lo que genera unas consecuencias que van en detrimento del interés de la comunidad.

A continuación, de manera sucinta, se presentan los tres elementos o pilares que justifican la investigación jurídica de los ítems no previstos y las mayores cantidades de obra.

En cumplimiento de la normatividad del Estado, la Contratación Pública es para atender la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general, lo que implica una realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de realizar una obra civil, que en las etapas precontractual y contractual o etapa de ejecución del contrato, evidencia la necesidad de cantidades de obra no previstas que requieren ser ejecutadas para la obtención y cumplimiento del contrato y desarrollo de la obra, o eventualmente la necesidad de incluir nuevos ítems, los cuales no hicieron parte del proceso de licitación y que son necesarios de adicionar previamente formalizados en actas o contratos adicionales, según el caso para poder continuar y terminar la obra civil.

Se encuentra que, en el proceso de autorización, hay dificultades desde el punto de vista jurídico para su inclusión; sin embargo, las necesidades para ejecutar la obra obligan a considerar su realización con las consecuentes implicaciones de orden legal, técnico y presupuestal que tiene para el contrato una mayor cantidad de obra o la inclusión de ítems no previstos.

La importancia que tiene estudiar el tema radica en la falta de una reglamentación o procedimiento reglado para proceder a autorizar ya sean las mayores cantidades de obra o los ítems no previstos e incluirlos en la ejecución de la obra.

Por ello el trabajo se desarrollará tomando por lo menos un caso en los que haya sentencias del Consejo de Estado, y se haya fallado reconociendo la legalidad de los actos administrativos que autorizaron las mayores cantidades de obra, al igual que al menos una en la cual se haya reconocido ítems no previstos, lo propio una en la cual estos conceptos hayan sido usados por los Administradores Públicos para permitir la erogación en beneficio de terceros en detrimento del interés general.

El trabajo busca contribuir y facilitar la gestión de los Administradores Públicos, desarrollando una investigación que es necesaria porque hasta la fecha los desarrollos normativos no son explícitos sobre este punto en particular, pero sobre él hay sentencias que pueden nutrir el trabajo, lo cual beneficia a la comunidad, puesto que los Administradores tendrán una herramienta que facilite la toma de decisiones para autorizar la ejecución de obras de esta naturaleza, lo propio a los Administradores Públicos ordenadores y gestores de este tipo de proyectos, que por lo dicho es pertinente oportuna y necesaria. De otra parte, al ser un trabajo que se nutre de la jurisprudencia y de casos reales en la vida práctica, es viable desarrollarla como trabajo de investigación para obtener el título de Especialista en Derecho Administrativo.

Categorías

Tratamiento de la Contratación Estatal

Mayores cantidades de obra y los ítems no previstos

Proceso de Contratación Estatal

Contratistas de obra civil

Evidencia empírica de casos concretos

Orden nacional, departamental o municipal.

Necesidades de orden general

Funcionarios Públicos están obligados a regirse por el principio de legalidad

No hay suficiente reglamentación

Inconvenientes para los Administradores

Restricción para el cumplimiento adecuado de los fines del Estado.

Precariedad en la sistematización de la información

Realidad fáctica, financiera y jurídica

Etapas contractual o etapas de ejecución del contrato

Proceso de licitación

Actas o contratos adicionales

Falta de una reglamentación o procedimiento reglado

Implicaciones de orden legal y presupuestal.

Proposiciones Problemáticas

El tratamiento de la Contratación Estatal con relación a las mayores cantidades de obra y los ítems no previstos generan inconvenientes para los Administradores Públicos.

Para los contratistas de obra civil la evidencia empírica de casos concretos implica la existencia de precariedad en la sistematización de la información en el proceso de contratación estatal.

En las etapas precontractual y contractual o de ejecución de los contratos de obra civil, los funcionarios públicos están obligados a regirse por el principio de legalidad.

La realidad fáctica, financiera y jurídica evidencia la ausencia de una reglamentación o procedimiento reglado en la contratación estatal.

Las mayores cantidades de obra y los ítems no previstos generan implicaciones de orden legal y presupuestal en los contratos de obra civil.

Formulación del Problema

La realidad fáctica, financiera y jurídica da cuenta de la falta de una reglamentación o procedimiento reglado en la Contratación Estatal, evidenciado en mayores cantidades de obra e ítems no previsto, lo cual genera implicaciones de orden legal y presupuestal en los contratos de obra civil.

Justificación del problema

La realidad que viven los Gerentes públicos en Colombia, es enfrentar la necesidad de mayores cantidades de obras para terminar el contrato, o la necesidad de autorizar y contratar ítems no previstos, sin los cuales no es posible que el contratista finalice a satisfacción con la obra a éste encomendada; al tiempo que el ordenamiento jurídico tales como la Ley 80 de 1993, el Decreto Nacional 734 de 2012, Ley 1150 de 2007, Decretos Nacionales 679 de 1994, y 626 de 2001, 2170 de 2002, 3629 y 3740 de 2004, 959, 2434 y 4375 de 2006; 2474 de 2008, 2473 de 2010, y 1082 de 2015 por los cuales se expide y reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no precisan el procedimiento a seguir, en los procesos de contratación en Colombia.

Es claro que los contratos se pueden adicionar hasta en un 50 por ciento, sin embargo, en la normatividad no se precisa los procesos y procedimientos que brinden mayor claridad frente a situaciones concretas por ejemplo, en qué casos es pertinente y en cuáles no; hasta ahora el Administrador se debe orientar por las sentencias del Consejo de Estado; por lo tanto trabajar sobre este tema permitirá, recoger en la jurisprudencia un ordenamiento conceptual que permita al Gerente público proceder de manera adecuada ofreciendo una solución a esta ruptura que hoy existe entre los hechos y la normativa que se debe aplicar para afrontar la ingente necesidad de concluir una obra, de enfrentar con mayor tranquilidad la responsabilidad de autorizar obras adicionales bajo el imperio de la ley, cuando ello sea necesario para dar cumplimiento al objeto del contrato.

De la exposición del problema planteado queda claro que el trabajo se requiere por ser de capital importancia por cuanto los Gerentes Públicos de los Establecimientos Públicos sean estos del nivel nacional, departamental o municipal se ven abocados a situaciones de esta naturaleza, igual si son del orden central o descentralizado; el trabajo es posible por cuanto los hechos se presentan a todos los niveles, existen sentencias del Consejo de Estado que se pueden abordar para proponer de manera ordenada elementos, pautas que puedan orientar a los Administradores Públicos y quizá recomendaciones que en el futuro se puedan incluir en el ordenamiento jurídico, por otro lado es un proyecto que amerita el desarrollo de esta investigación, por ser del interés General de la comunidad Jurídica y de manera concreta de los ordenadores de gasto y Administradores Públicos.

Hipótesis

La falta de regulación o procedimientos debidamente establecidos es lo que hace que los Administradores deban afrontar procesos legales en orden administrativo y enfrentar implicaciones legales y presupuestales, por lo tanto, resulta necesario analizar qué impide a los Administradores Públicos tomar con claridad las decisiones para autorizar mayores cantidades de obra o ítems no previstos.

Objetivos

General

Analizar qué impide a los Administradores Públicos tomar con claridad las decisiones para autorizar mayores cantidades de obra o ítems no previstos.

Específicos

Revisar el tratamiento de la Contratación Estatal con relación a las mayores cantidades de obra y los ítems no previstos que están generando inconvenientes para los Administradores Públicos.

Estudiar si la realidad jurídica evidencia la falta de reglamentación o procedimiento reglado en la Contratación Estatal.

Estado del arte

Investigaciones que se tendrán en cuenta para desarrollar Resúmenes Analíticos de Investigación (RAI).

RAI 1

Tema: Las fallas de Planeación y su incidencia en el Contrato Estatal de obra

Autora: Ariana Aponte Díaz

Tipo de trabajo: Artículo científico

Fuente: Revista Digital de Derecho Administrativo No. 11, Universidad Externado de Colombia págs. 177-207

Año: 2014

Resumen:

Entre los principios de la Contratación Administrativa Pública está el principio de planeación como herramienta al servicio de los fines del Estado.

La autora aborda el tema a partir de planteamientos preliminares relacionados con el principio de planeación en la Contratación Estatal; concepto de planeación y alcance de su definición; la planeación en la Constitución Política; la planeación en la regulación legal y reglamentaria de la Contratación Pública; posiciones doctrinales sobre la planeación en la contratación pública, la aproximación jurisprudencial, la jurisprudencia del Consejo de Estado- principio de planeación en el contrato de obra-. Ejemplos y falencias en la planeación del contrato estatal de obra y conclusiones.

En este orden de ideas el desarrollo del artículo se fundamenta en las falencias del principio de planeación durante el desarrollo de un proyecto de obra civil, dado que todos los involucrados en esta actividad administrativa del Estado no tienen claro el marco normativo vigente en cuanto al plan para contratar en relación con: El diseño del proyecto, los estudios previos, el presupuesto, los planos, el desarrollo y la ejecución exitosa de los términos contractuales entre otras variables.

La necesidad a satisfacer requiere estimar los riesgos previsible en un contexto que permita visibilizar las acciones, los protocolos sobre situaciones que se pueden presentar en el desarrollo del contrato que normativamente remite a las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011, los Decretos y el desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

En relación con el concepto de planeación y alcance de su definición, la autora remite a los elementos técnicos planteados en la Ley 80 de 1993, como referencia a la necesidad colectiva y económica de optimizar recursos, reducir costos, minimizar errores humanos y alcanzar el desarrollo de obras de carácter social.

En particular para el tema específico de este proyecto de investigación contratos de obra, la planeación implica además de fórmulas jurídicas elementos de referencia tales como los planes de desarrollo vigentes que establecen las prioridades, los recursos existentes para el desarrollo y pago justo de acuerdo con los estudios previos en términos de recursos públicos, sostenibilidad y continuidad en el tiempo. En suma, la planeación de la obra pública implica el pleno cumplimiento del objeto contractual, el correcto desarrollo de la obra, entendiéndose que entregada la obra debe darse al servicio de la comunidad en condiciones óptimas.

El principio de planeación en la Contratación Pública es la acción técnica y legal que facilita a la Administración el cumplimiento de obras que se pueden realizar, mantener como solución a problemas físicos y sociales.

La planeación en la Constitución Política es un principio que implica cumplimiento no solo de las funciones del Estado sino que permite optimizar el desarrollo de los proyectos a través de la aplicación de los principios del debido proceso, la legalidad, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; artículos 29, 209, 334, 339, y 341.

Eficacia suscrita a la ejecución y pleno funcionamiento de las obras. Economía como forma de aprovechar al máximo los recursos disponibles. Celeridad para que las obras se realicen en el tiempo programado y publicidad para que los ciudadanos puedan ejercer control en los procesos de selección, adjudicación y contratación – Veeduría ciudadana.-

El artículo 334 de la Constitución Política por su parte trae a colación el principio de racionalidad de la función pública en materia de administración de los recursos públicos para que de manera prudente, metodológica y planificada, bajo principios científicos y técnicos, con apoyo tecnológico se administren los recursos públicos.

Igualmente en el artículo 339 de la Constitución Política alude a un enfoque sistémico que identifica la existencia del Plan Nacional de Desarrollo – Ley 152 de 1994- que no puede ejecutarse en detrimento de los planes de desarrollo a nivel local. El artículo 340 por su parte menciona la conformación del Sistema Nacional de Planeación estructurado a partir del Consejo Nacional de Planeación y los respectivos Consejos Territoriales de Planeación, en los

cuales tienen representantes las entidades territoriales a partir de la concreción del artículo 341.

Frente a la planeación en la regulación legal y reglamentaria de la Contratación Pública, la autora remite a la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, a los artículos 25, numeral 12, artículo 26, numeral 3 complementado con el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007 y con la Ley 1474 de 2011 cuyas normas están orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de los actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Las posiciones doctrinales sobre la planeación en la Contratación Pública tienen diversos enfoques de acuerdo con la autora donde se involucran campos técnicos, matemáticas financieras, ingeniería de procesos, planeación estratégica y la administración basada en gestión, aseguramiento de la calidad, la contratación pública, la responsabilidad administrativa, civil, penal y fiscal que conlleva la intervención de los organismos de control y el sistema disciplinario, la responsabilidad contractual del Estado y la relación entre el contrato estatal y el Derecho Privado entre otros temas del debate jurídico.

Frente a la planeación de la actividad contractual pública, en un marco de eficiencia de la Administración Pública indica que no se puede lograr de manera aislada y sin un referente normativo que bajo la legitimidad y la legalidad del Estado se hagan obras integrales para así analizar la actividad administrativa como un sistema, lo que implica mayor conocimiento de la estructura del Estado, de los planes y proyectos que se tiene y de la forma y disposición de cómo cada una de las entidades estatales da cumplimiento a los fines del Estado.

En este sentido considera también la autora la importancia de identificar el marco normativo en el contexto internacional y global porque las directrices allí planteadas orientan la aplicación de elementos de planeación en la contratación pública que deben ser incorporados y tenidos en cuenta en la normatividad interna, es decir, adelantar procesos de homologación que faciliten la negociación con organismos internacionales porque es en la doctrina donde se determina que la planeación en términos de contratación pública debe dar cuenta de objetivos de obra, objetivos estratégicos de la planificación del presupuesto y formas de financiación a corto, mediano y largo plazo que debe contemplar el trámite legal de aprobación y ejecución presupuestaria, los mecanismos en las etapas de desarrollo del contrato

y el control del cumplimiento de los proyectos una vez haya claridad en lo que se pretende con la licitación, las metas y objetivos entre otros aspectos.

En la aproximación jurisprudencial, indica que es preciso identificar los principios que rigen la planeación, la selección objetiva y la libre concurrencia en la contratación estatal en el marco del cumplimiento de los fines del Estado. En este sentido la jurisprudencia evidencia la necesidad de un manual que técnicamente protocolice los principios por modalidades de contratación en una perspectiva interdisciplinaria donde participen profesionales en la materia.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado, parte de entender que el juez natural de los contratos estatales es la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que tiene cómo órgano de cierre el Consejo de Estado, aquí el principio de la planeación se identifica como el elemento que orienta la actividad administrativa de la contratación pública cuya finalidad es lograr los objetivos con eficiencia y eficacia.

Las sentencias relacionadas sobre el tema son: C-300 de 2012; C-713 de 2009, C-037 de 2003; Radicado no. 25000232600019970463801-20683 del 7 de marzo de 2011, Radicado no. 68001-23-15-000-1998-017301-27315 del 24 de abril de 2013, entre otras que permiten concluir que la planeación es el principal referente jurídico de la contratación pública cuando se asume como requisito legal para contratar y al mismo tiempo cuando es el medio que posibilita la realización de las obras con un contrato que es ley para las partes – contratantes y contratistas.

Entre los ejemplos que demuestran falencias en la planeación del contrato de obra se pueden citar casos puntuales donde con un cumplimiento mínimo en la etapa precontractual no fue posible llegar a buen término su realización por la falta de requerimientos técnicos, financieros, sociales y ecológicos para su sostenibilidad como sucedió con la construcción del hospital de Yopal en Casanare entre otras tantas obras.

Todo lo anterior, permite concluir que la planeación es uno de los fundamentos de la administración por objetivos y con control que hace parte del diseño, de la ejecución, de la evaluación y de la corrección de proyectos que tienen por objetivo cumplir la meta, es decir, la realización en tiempo de un proyecto de obra civil frente a lo pactado en términos presupuestales.

La planeación en el contrato de obra es entonces la acción técnica y legal de contratar, de administrar el cumplimiento de obras públicas que se pueden costear, realizar, mantener la

sostenibilidad dado que el costo beneficio implica soluciones a problemas físicos y sociales que redundan en el desarrollo de las comunidades y la inclusión dentro de la sociedad de quienes siempre han estado marginados como lo señala la autora del presente artículo, pero el principio de planeación no debe limitar su aplicación a aspectos relacionados con la necesidad a satisfacer, los medios, los costos y su sostenibilidad, sino atender la normatividad tanto nacional como internacional que permita la proyección y ejecución del contrato de obra civil porque el gasto público debe ser una inversión que se realice en el marco de la legalidad, la transparencia, la publicidad, la eficacia, la eficiencia y el seguimiento técnico para evitar el mal uso de los recursos públicos.

En estos términos Colombia debe entrar en la dinámica de atender las nuevas tendencias en el manejo de la administración pública la cual hace énfasis no solo en la realización de los procedimientos acordes con las normas, sino que impone la evaluación de los resultados de la gestión que conlleve a reafirmar la utilidad de la obra contratada, la eficiencia y eficacia del gasto en el marco de un análisis de cumplimiento de metas institucionales y de compromisos profesionales porque la Contratación Estatal es una de las formas que permiten al Estado cumplir con sus fines a partir del correcto ejercicio de la función administrativa.

RAI 2

Tema: El Régimen Jurídico del Contrato Estatal

Autora: Patricia Mier Barros

Tipo de trabajo: Artículo científico

Fuente: Revista Derecho Público. Edición no.17 págs. 59-75

Resumen: El artículo centra su desarrollo en el análisis de las controversias del Régimen de Contratación Estatal.

La autora a partir de unos cuestionamientos sobre la Contratación Estatal en Colombia desarrolla el contrato estatal como un mecanismo de gestión de la Administración que tiene como propósito vincular a los particulares al progreso del Estado haciendo énfasis en la forma como aplican tanto la Administración como los Órganos de Control, los Jueces y las partes incluida la comunidad en general, los principios rectores de la contratación desvirtuando las disposiciones vigentes, en procura de beneficios particulares.

Bajo estas condiciones la normatividad que regula la contratación estatal tiene como fin dotar al administrador público de potestades o responsabilidades en el marco de las disposiciones constitucionales donde el Servidor Público debe actuar en el contexto de la legalidad. Los funcionarios entonces no podrán hacer sino aquello que expresamente les manda o autoriza la ley olvidando la condición de contratante o gestor donde le sería propio a los contratistas asumir consecuencias propias de colaboradores del Estado por concurrir a la celebración del Contrato Estatal y no como beneficiarios de un régimen especial que se aparta de la protección del interés general.

En este sentido, las responsabilidades de las partes en el Contrato Estatal está reglado según lo establecido en los artículos 23 y 28 de la Ley 80 de 1993, pero como el contratista se rige por el Derecho Privado, el contrato estatal de Colombia tiene un régimen mixto, pero es que el régimen de los contratos y en particular los del Estado se desarrollan a partir de principios comunes tanto en la legislación pública como la privada, en estas condiciones el pacto de voluntades contiene principios generales tales como la observancia de la buena fe y la prohibición de contravenir el Derecho Público del Estado.

Entonces con base al tipo de contrato es que las partes en un Contrato Estatal incluyen en forma expresa estipulaciones lícitas que la ley permite a los particulares en su actividad contractual y por eso obligan a las partes como su propia ley en aplicación al principio de la buena fe contractual donde los contratantes se obligan no solamente al cumplimiento de lo pactado expresamente *“sino todo lo que emana de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella”* y con el mismo rigor gobiernan los principios generales de derecho de la buena fe contractual, de abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa.

El régimen jurídico del Contrato Estatal en tanto acuerdo de voluntades, se contiene en los estatutos civiles y comerciales que regulan la contratación, lo demás es consecuencia del principio de legalidad de la actividad administrativa estipulada en la Constitución Política de 1991. En este contexto los principios en los que se desarrolla la responsabilidad del Estado son la publicidad, la transparencia, la economía y la responsabilidad, propios igualmente en la contratación privada.

Por tal razón la Administración en cumplimiento de su objeto y en la consecución de los fines del Estado no solo debe atender lo estipulado en las disposiciones normativas sino tener un estatuto especial que propenda por el ejercicio del poder que comprenda la noción de

la decisión previa frente a la concreción del poder público en actos administrativos cuando la Administración actúa como parte contractual evitando así la inseguridad jurídica.

En la actividad contractual, se encuentra presente el principio de legalidad en los actos de decisión y ejecución que llevan a las entidades del Estado a celebrar contratos y determinar el procedimiento que se debe llevar a fin de seleccionar sus contratistas y dar cumplimiento a los principios constitucionales y legales – Los actos administrativos-. Actos administrativos que crean, extinguen o modifican derechos subjetivos que surgen de la relación propia de la Administración con los particulares en un mercado de bienes y servicios-.

En este sentido la ley debe garantizar el libre acceso a un mercado igualitario y sin preferencias, prevalencias o preponderancias de disposiciones dominantes o sesgos monopolísticos como lo expresa claramente la Constitución Política cuando determina que los particulares, junto con las comunidades organizadas participan en pie de igualdad con el Estado en la condición de prestadores de servicios públicos, restringiendo la prevalencia estatal a las funciones de regulación y control.

La propuesta es diseñar mecanismos que logren preservar la dirección y el control del Estado en el cumplimiento del objeto pactado en las cláusulas exorbitantes ubicando la actuación contractual administrativa en un régimen que responda a la naturaleza y propósitos de un acuerdo entre las partes cuyas facultades dispositivas, permiten regular los efectos de un acto administrativo sin cambiar la naturaleza del acto jurídico. Es decir, la Administración puede válidamente producir actos unilaterales en el desarrollo de un contrato estatal, pero en su acepción de actos jurídicos está sujeta al régimen general de las causas y efectos que regulan el contrato, frente a los cuales ninguna capacidad dispositiva se permite a las partes contractuales porque el régimen y consecuencias son de privativa competencia legislativa.

En suma, la autora plantea que en el Estado los contratantes deben conservar la posibilidad jurídica de actuar unilateralmente, más no con exorbitancia; ello es lícito, posible y deseable, a los fines de modificar, interpretar o terminar el contrato, cuando por razones de interés público se requiera, y en ello solo se estaría dando cumplimiento del mandato constitucional que impone la prevalencia del interés público sobre el interés privado y en consecuencia la Administración garantiza las ventajas patrimoniales del contratista, a cuyos efectos debería realizar las apropiaciones presupuestales correspondientes con anterioridad a la adopción de la medida y como requisito de existencia de la misma, que en cualquier caso

sería revisable por las partes o por el juez natural del contrato, por cualquier mecanismo de solución alternativa de conflictos al que en un caso determinado se pudiera acudir en ejercicio de las facultades de disposición.

Frente al particular, la unilateralidad debe ser una opción del contratante para sancionar los incumplimientos que se registren en el contrato estatal a fin de garantizar el cumplimiento del objeto pactado y entonces la sanción debe ser patrimonial, representativa del incumplimiento y en principio resarcitoria de los perjuicios derivados del mismo. Medida que debe ser revisable en los mismos términos expuestos, como acto jurídico sujeto al régimen que le es propio al acto contractual. Entonces debe permitirse al contratista ofrecer las garantías de pago para iniciar las acciones pertinentes que permitan la rescisión del acto jurídico a través de la verificación objetiva de la ocurrencia de los hechos que han dado lugar a su adopción, acudiendo a los medios de solución de conflictos pactados en el contrato, y no al expediente del juicio de legalidad de los actos administrativos.

Es así como en términos de la posibilidad de un arreglo directo de las controversias contractuales, la ley establece mecanismos de arreglo directo no solo para afianzar la responsabilidad de los servidores públicos en el manejo autónomo de la actividad contractual, sino para evitar en caso de conflictos el desgaste administrativo – recursos públicos- que muchas veces alcanzan sumas inusitadas por el solo transcurso del tiempo, sanción pecuniaria que la mayoría de las veces sobrepasa los montos de lo debido y nunca reconocido oportunamente, artículo 68 y siguientes de la Ley 80 de 1993.

De esta manera acudir a mecanismos alternativos de justicia – Tribunales de arbitramento- es seguro que el fallo que decida la controversia y asigne responsabilidades no se produce por la justicia ordinaria durante la Administración en la que se presentó la controversia contractual que dio origen al proceso. Pero hay que tener en cuenta que el arbitraje como medio ágil de solución de controversias, no es solo conveniente, sino indispensable ante la divergencia entre las partes contractuales que implica la definición judicial, la solución tardía puede generar por el solo transcurso del tiempo incalculables perjuicios para quien resulte afectado, sin contar las implicaciones que durante el término del proceso puedan presentarse en el contrato relacionadas con su ejecución y administración.

Por otra parte hay que considerar que el contratista privado desconfía de la justicia ordinaria donde se han debatido fallos por haber tenido fundamentos distintos a la misma ley,

tales como decisiones de índole política, conveniencia socioeconómica y hasta proteccionismo del Estado contratante, entre otros.

Además con independencia del régimen jurídico de un contrato en el que una de las partes es la Administración cuando se pacta el arbitramento como solución judicial de eventuales controversias que surjan con ocasión del contrato, pareciera que solo encuentra solución de su posición contractual cuando tiene la certeza de su superioridad en el contrato como parte estatal y cuando se produzca el fallo años después el responsable se habrá diluido y el alto costo de la defensa del interés público no será del responsable por haber emitido el acto administrativo sino los ciudadanos.

Por otra parte está la inexistente responsabilidad del servidor público porque los responsables de hacer el control, -Organismos de Control- se convierten en coadministradores de la función administrativa, imponiendo criterios de evaluación en las licitaciones públicas, ejerciendo un mal entendido control preventivo alejados de los fines que establece el ordenamiento jurídico en respuesta de un criterio subjetivo.

En conclusión la actividad contractual pública según a autora dependerá de la adopción de políticas coherentes y ajustadas a la realidad del país, así como a la continua ejecución por la administración pública responsable por una parte y por la otra cuando los particulares tengan autoridad para exigir la sanción a quienes atentan contra el patrimonio del Estado desde el ejercicio del poder público.

RAI 3

Tema: La Contratación Pública: Fronteras, Tensiones e Interrelación con el Derecho Privado en el Nuevo Escenario Contractual

Autor: Juan Carlos Cassagne

Tipo de trabajo: Artículo científico

Fuente: Revista Derecho y Sociedad. N° 44 págs. 15-21

Año: 2015

Resumen:

En el marco de la frontera entre el Derecho Público y el Derecho Privado el autor indica la importancia de reconocer la categoría jurídica del contrato administrativo desde las perspectivas del derecho español, francés y anglosajón que marcan la tendencia en la doctrina

a reconocer un conjunto de principios y prerrogativas de derecho público donde confluye una zona común de la contratación pública originada en los procesos de globalización.

En este orden se presentan las peculiaridades que exhibe la teoría del Derecho Administrativo en relación a la desigualdad de las partes en los contratos que celebra la Administración regidas por el Derecho Público cuya finalidad es la realización del bien común, mientras que el contratista persigue el interés individual de naturaleza privada aunque la relación de colaboración se contextualice en el marco de una desigualdad de garantías a favor del contratista.

Por otra parte se precisan las prerrogativas de poder público y las garantías compensatorias frente a la tendencia de garantizar la intangibilidad de la ecuación económica financiera del contrato mediante una adecuada compensación o indemnización del daño emergente y lucro cesante para mantener el objeto del contrato celebrado con la Administración “El equilibrio contractual *“Pacta sunt servanda”*”.

El Derecho Administrativo en el marco de la frontera entre lo público y lo privado.

No hay demarcación precisa y límites entre las ramas del derecho, y depende de momentos históricos, sociales o políticas. Particularmente el Derecho Administrativo es una categoría histórica, donde coexisten repartos autónomos y repartos autoritarios, aun en los contratos más típicos que celebra la Administración, que hacen a su giro o tráfico normal.

Los contratos administrativos se celebran como un acuerdo de voluntades con el contratista privado y se caracteriza (I) por perseguir una finalidad inmediata de interés público propia de la función administrativa o, si se prefiere, de su tráfico o giro normal; (II) por contener un régimen típico del Derecho Administrativo con prerrogativas de poder público y, (III) por un sistema de selección fundado en los principios de publicidad, igualdad y concurrencia donde puede captarse fácilmente cuál es el punto de mayor tensión que se genera en el ámbito de la contratación pública.

Peculiaridades que exhibe la teoría del contrato administrativo

La desigualdad de las partes en los contratos de la Administración Pública se rige por principios y normas de Derecho Público, se configura sobre la base de un acuerdo de voluntades cuyo régimen refleja la distinta posición de las partes en función de los intereses que persiguen. El papel de la Administración es la realización del bien común, que radica en

la causa relevante de interés público que lo justifica, el contratista persigue en cambio, un interés individual, de naturaleza privada, aun cuando está conectado con el interés público, de un modo mediato.

En el marco del principio del equilibrio contractual, exhibe, empero, una situación de desigualdad que el régimen de garantías a favor del contratista procura compensar, al menos en el campo de una buena Administración. Lo expuesto no implica que el contratista no pueda reclamar ante la Administración por la violación del principio general de igualdad, en las diferentes fases o etapas de la contratación pública. Por lo demás, la desigualdad de las partes se refleja, en el punto de partida que es la declaración de voluntad; ya que, al contrario de lo que acontece con el contratista privado (limitado solo por las reglas inherentes a la capacidad y al orden público), la Administración tiene limitada su libertad negocial en mayor medida, pues esta solo puede ejercerse dentro de los límites de la competencia y del ordenamiento positivo que acota la aptitud de contratación

Las prerrogativas de poder público y las garantías compensatorias.

El rasgo característico del contrato administrativo, prevaleciente en el sistema jurídico argentino, como en el modelo franco-español y, en general, en Iberoamérica, radica en la presencia de prerrogativas públicas. Proviene tanto del ordenamiento general, en cuyo caso constituyen verdaderas potestades, como del pliego de bases y condiciones que, “a posteriori”, pasan a integrar el contrato, pero también pueden surgir del clausulado expreso del acuerdo de voluntades. Las prerrogativas no pueden ser implícitas en cuanto violan la prohibición de arbitrariedad, ya que el contratista privado no las pudo prever al celebrar el contrato.

Frente a estas potestades se ha generalizado la tendencia a garantizar la intangibilidad de la ecuación económica financiera del contrato mediante una adecuada compensación o indemnización comprensiva del daño emerge y del lucro cesante, con el objeto de mantener el equilibrio contractual alterado o los perjuicios provocados por la ruptura anticipada del contrato administrativo por razones de interés público.

Reflexiones a modo de conclusión

Las prerrogativas de poder público deben reservarse para los contratos en los que se halle interesado, en forma directa e inmediata, por el bien común, excluyendo los que resultan meramente instrumentales a tales fines. Por otra parte, las tensiones que soporta la teoría del contrato administrativo provienen de fuentes distintas. Una de ellas consiste en la regresión

que implica la huida hacia el derecho privado de las llamadas empresas públicas a las que se las sustrae de los procedimientos de selección y consecuentes controles que deberían regir para toda la Administración, afectando los principios de publicidad, concurrencia e igualdad, y, al menos, la transparencia en el obrar de las empresas estatales.

La segunda tensión que enfrenta la contratación pública se traduce en los nuevos enfoques que pugnan por incorporarse a nuestra legislación y jurisprudencia a raíz del llamado Derecho Global de las contrataciones públicas (aunque en gran parte no sea vinculante) y de últimas, por la aplicación de los principios generales que contienen los tratados internacionales que se extienden a toda la actividad administrativa que tendrá que incorporar los nuevos paradigmas y sus principios operativos, aunque esta operatividad sea, en algunos casos derivada en el sentido de que precisa ser complementada por los poderes Legislativo de cada Estado Nacional.

Marco Teórico-Conceptual

A continuación, se presenta los conceptos teóricos, de la contratación estatal en relación con las mayores cantidades de obra e ítems no previstos, para ello se recurre a tres elementos, la normatividad vigente por una parte, la Jurisprudencia como fuente del Derecho por la otra y un tercer elemento que contextualiza la realidad que vive el país en los contratos estatales de obra civil en relación con las obras adicionales, los ítems no previstos y las mayores cantidades de obra.

Reglamentación, procedimiento y reglas en la Contratación Estatal

Las Entidades Públicas y en particular la forma como se organizan los servidores públicos, permite identificar la gestión en las actuaciones precontractuales, contractuales y post contractuales; en este orden de ideas, los conceptos, análisis e interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias aplicadas al desarrollo de un proceso de contratación en el que se interprete y aplique las normas, garantizan la seguridad jurídica, el derecho a la igualdad, el acceso a la justicia y la coherencia jurídica.

Así las cosas, al revisar la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en especial la Sentencias de Unificación proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, y las sentencias que produjo la Corporación cuando conoció las demandas de nulidad contra los Decretos reglamentarios de la Ley 80 de 1993, - Estatuto General de la Contratación- y en especial cuando se armoniza esas decisiones jurisprudenciales en el Decreto 1082 de 2015, que declara su legalidad, constituye el sistema de garantías institucionales para el Estado, para el contrato estatal como institución de Derecho Público-Administrativo que tiene inmerso el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, (herramienta propia del derecho de los contratos privados), además de un procedimiento reglado, que va desde la planeación del contrato hasta su adjudicación y posterior liquidación.

En los contratos estatales, en la fase de planeación y durante el procedimiento administrativo de formación, adjudicación, suscripción-celebración, ejecución, liquidación y negociación de sus estipulaciones, también opera el principio de autonomía, pero no en la misma dimensión del Derecho Privado, sino con los límites propios de los principios contenidos en el Derecho Público-Administrativo y el mismo Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que en aras de garantizar los principios de

planeación, responsabilidad, economía, libre concurrencia, publicidad, transparencia, selección objetiva, celeridad, eficiencia, eficacia, igualdad, moralidad en la selección del contratista público, puede atender o contratar la mejor propuesta al seleccionar la oferta más favorable, la que satisfaga el interés general de la comunidad y de los administrados. (Escobar, 2001).

En ese sentido, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, establece que un contrato estatal de obra civil desde la etapa precontractual hasta su liquidación, está debidamente protegido por los controles previstos en el ordenamiento jurídico, tales como el control preventivo disciplinario, el control penal mínimo, el control fiscal técnico posterior y selectivo y el control contencioso administrativo externo. (Roa, Ferrer 2009).

La Ley 80 de 1993 se refiere de manera concreta a las variaciones que se pueden introducir al contrato de obra en los cuales la Administración está facultada para hacerlo de manera unilateral, y así evitar una parálisis o una grave afectación del servicio como lo indica en el artículo 16 de la citada norma, donde existe supuestamente un acuerdo entre contratante y contratista, y en caso de no haber acuerdo, la Administración está facultada para hacerlo de manera unilateral, sin embargo, si ello llegare a ocurrir, en el caso que la adición supere el 20 por ciento, el Contratista está facultado para renunciar, sin que ello implique incumplimiento y la Administración debe proceder de manera inmediata a liquidar el contrato y a adelantar los trámites para una nueva contratación.

En este contexto el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, cuando se refiera a la “Modificación Unilateral”, precisa que si se presenta durante la ejecución del contrato, y el único propósito es evitar la paralización de una obra o evitar la afectación en la prestación de un servicio público que se busca satisfacer con la ejecución de un contrato, si fuere del caso es necesario introducir modificaciones a la obra, y luego de que las partes lleguen a un acuerdo, la entidad contratante mediante acto administrativo debidamente motivado está en la facultad de modificar la ejecución de la obra porque la ley faculta la adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Es de anotar que el párrafo del artículo 40 de la citada ley, también establece la posibilidad de adicionar los contratos hasta en un 50 por ciento de su valor inicial, expresado esto en salarios mínimos legales.

Adición del contrato.

La adición a un contrato estatal de obra civil se produce cuando al alcance físico inicial del contrato se suma algo nuevo que implica una ampliación del objeto contractual, como sucede con las mayores cantidades de obra que permiten cumplir metas determinadas en el objeto del contrato.

En efecto, las mayores cantidades de obra surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución del objeto descrito en el contrato, por lo que deben ser autorizadas y solemnizadas en un contrato de adición que debe estar soportado con los recursos presupuestales necesarios para su ejecución.

Así las cosas, la aclaración permite precisar que un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato como consecuencia o resultado en el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrarlo, no es una adición al contrato; dicho de otra manera mayores valores originados en mayores cantidades de obra sin cambios en el alcance físico de las metas determinadas en el objeto del contrato, originados en una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución del objeto descrito en el contrato, no constituyen adición (Concepto 2012) y (Consejo de Estado, febrero 3, 2000).

Tratamiento de la Contratación Estatal con relación a las Mayores Cantidades de Obra y los Ítems no Previstos.

La gestión contractual específicamente en la ejecución de los contratos de obra estatales dispuesta en el artículo 40 de la Ley 80 de 1983, indica que las estipulaciones de los contratos estatales serán las de las normas civiles, comerciales y las previstas en la ley que correspondan a su esencia y naturaleza. Así las cosas las Entidades Públicas podrán celebrar contratos y acuerdos que permitan autonomía de la voluntad que requieran el cumplimiento de los fines del Estado, explícitamente se está autorizando incluir en los contratos estatales modalidades, condiciones, en general cláusulas y estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución Política, a la ley, al orden público y a los principios y finalidades del Estatuto de Contratación y a la buena administración como lo definen el Código de Comercio y el Código Civil.

En este orden de ideas, el contenido del contrato es importante en la medida que sus cláusulas predicen su ejecución, además de constituir el marco regulatorio de las distintas actividades que le corresponde realizar a cada una de las partes para la debida ejecución del

mismo. Su incumplimiento deriva responsabilidades civiles, penales, fiscales y disciplinarias. (Suárez, 2014)

Ahora bien, si la autonomía de la voluntad de las partes a las que se refiere la Ley 80 de 1993, aplica a los contratos del Estado para la estipulación de todas aquellas cláusulas que se requieran para adelantar los fines que persigue la Administración con un contrato estatal, es necesario tener en cuenta que este principio del Derecho Privado no se aplica en toda su extensión porque los contratos estatales tienen limitantes impuestos por el legislador.

Así las cosas, las normas de Derecho Público de los contratos estatales son de imperativo cumplimiento en Colombia, significa que en razón al negocio jurídico estatal son de orden público y por tanto se aplican de preferencia a las normas del Derecho Privado.

En este sentido todos los contratos estatales deben tener un objeto concreto, el cual consiste en fijar el producto requerido por parte de la Administración Pública, razón para distinguir la cantidad, la calidad, la vida útil, las características, la naturaleza y la resistencia, de los materiales de objetos singulares de obra civil como pueden ser un estadio deportivo o un puente entre otras obras.

Es de anotar también que el objeto del contrato es el que determina la nominación del mismo, es decir, señala si el contrato es de obra o de otra naturaleza. El precio es otro ítem que no puede estar ausente en el contrato, en tanto que el Estado no puede contratar el precio que le parezca a los servidores públicos que actúen en su nombre, sino con base a precios regulados por el Gobierno Nacional o los fijados por las autoridades competentes, sometidos siempre a la oferta y la demanda, lo que conlleva necesariamente a adelantar un estudio de mercado en el que la Administración decide sobre precios razonables.

De ahí la importancia de consultar el índice de precios del mercado en las Cámaras de la Construcción o en las Cámaras de Infraestructura del lugar donde se ejecute el contrato, y adelantar lo necesario en la etapa precontractual. (Suárez, 2014).

Lo anterior con el fin de evitar que el Estado contrate a precios inferiores o superiores a los del mercado, porque en el primer caso puede afectar la cantidad, la calidad, la garantía y la estabilidad de los bienes contratados, hasta generar detrimento patrimonial al erario. Es necesario que el precio se pacte en moneda nacional, salvo que deba pactarse en moneda extranjera dada la naturaleza jurídica de uno de los contratantes y el objeto del contrato.

Igualmente se requiere establecer de manera clara la forma del pago del precio del contrato, si se pacta anticipo o pago anticipado o ninguno de los dos; las fechas en las que debe pagarse y las condiciones para que surja la obligación de reconocer los pagos parciales respecto del desarrollo parcial del objeto del contrato, el lugar de pago – domicilio del deudor- sin perjuicio de pactar pagos electrónicos por las partes. Las obligaciones que pacten las partes conforme al Código Civil son de dar, de hacer, o no hacer.

En el caso particular de un contrato estatal de obra, la obligación es de resultado y allí se garantiza la calidad, la estabilidad y la cantidad de los bienes que constituyen el objeto del contrato. En cuanto a las obligaciones de no hacer, particularmente en un contrato de obra el límite lo impone el principio de legalidad, pues el Estado contratante se puede comprometer con el otro extremo de la relación contractual a no realizar una actividad u otra cosa siempre que no constituya una obligación constitucional o legal de hacerla y haga parte de aquellas que son de la libertad de la Administración. (Suárez, 2014)

En razón a lo anterior otro aspecto a tener en cuenta en el contrato, es señalar el tiempo o plazo para la ejecución y liquidación del mismo, sea de tracto sucesivo o ejecución instantánea, igualmente hay que determinar el lugar de la obligación que se fija por mutuo acuerdo en su defecto el lugar donde exista el bien sobre el cual recae el objeto, o el domicilio del deudor, la definición de las garantías, cuantía, alcance y cobertura; las estipulaciones de las multas, su cuantía la oportunidad para imponerlas como consecuencia del incumplimiento del objeto del contrato de obra civil dentro del plazo; la cláusula penal pactada ya a título de pena o como valoración anticipada de los perjuicios, las arras que en los contratos estatales tiene limitaciones en cuanto se debe pactar solo como forma de anticipo.

También se debe pactar el derecho de retención que aplica de la misma manera en los contratos públicos como privados – artículo 1.647 del Código Civil-; la definición de las cláusulas exorbitantes teniendo en cuenta que unas son presuntas u obligatorias, otras son facultativas y otras son prohibidas. (Consejo de Estado, octubre 30 2003).

En este orden de ideas, para ejecutar un contrato de obra civil se requiere la aprobación de las garantías mediante acto administrativo motivado que reconozca su suficiencia para proceder a suscribir el acta de inicio de ejecución del objeto contratado por el contratante público y el contratista particular a quien la Administración debe hacer entrega de los diseños, planos y proyectos, estudios de suelo, licencias, permisos, predios en los que ha de realizarse

la obra, el trazado de la obra; la realización o avance en los distintos ítems del objeto del contrato y levantar las actas de las obras en la medida que se vayan ejecutando las correspondientes cantidades de obra, la consignación de las diferencias entre contratista e interventor, las soluciones que se les va dando a estos, las respuestas a las solicitudes, la entrega parcial de las cantidades de obra y la determinación del pago de los avances de la misma. (Suárez, et, 2014).

Importante considerar que se pueden presentar suspensiones a la ejecución del contrato por causas acordadas o por causas imprevisibles para evitar que no continúe transcurriendo el plazo del contrato, mientras se superan las causas previsibles que fueron acordadas a los imprevisibles. Cuaderno o minuta del contrato que le permite a la Administración y al contratista consignar todas las vicisitudes de la ejecución del objeto del contrato, las diferencias entre las partes, las obras y servicios provisionales que deben construirse o prestarse tales como los campamentos para asegurar la maquinaria y los equipos.

Las medidas de seguridad adoptadas con ocasión del contrato como son la vigilancia, el cuidado y protección de la obra, corre por cuenta del contratista, al igual que el plan de manejo ambiental, las normas sobre manejo de tráfico cuando las obras someten al peatón o a la ciudadanía a un riesgo por causa de trabajos públicos y el plan de prevención del peatón y de los usuarios.

El pago de acta de obra es el instrumento en el que se consigna el valor a cancelar menos el valor que se descuenta en cada acta por concepto del anticipo que no puede superar el 50% del valor total, menos el valor que se retiene como garantía de la obra hasta su culminación conforme a como se haya pactado en el contrato.

Asimismo hay que tener en cuenta las obligaciones del interventor que en su orden son: Auditar en forma simultánea todas las etapas de la ejecución del contrato, exigir al contratista el cumplimiento del contrato, resolver todas las consultas que se formulen sobre los estudios técnicos, los diseños, los planos, recomendar y decidir los cambios en los planos y especificaciones que con justificación se requieran, practicar de manera permanente las inspecciones sobre las obras y el objeto del contrato, aceptar o rechazar la cantidad y calidad de materiales según los términos de referencia, pliegos de condiciones, sus anexos y el contrato, ordenar la reposición de materiales, corregir errores o rehacer las cantidades de obra que se determinen, vigilar el uso de los equipos del contratante, autorizar las actas parciales de

obra, verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales del contratista, ordenar, recomendar y autorizar modificaciones de los contratos, autorizar los descuentos de las sumas del valor de las cantidades de obra realizadas sin autorización relacionadas en las actas parciales, citar a reunión de obra al contratista y a su equipo todas las veces que el desarrollo del contrato lo requiera, autorizar la modificación de cantidades, calidades y costos de la obra. (Suárez, 2014).

Importante anotar que la ejecución del contrato, es entonces el espacio donde el contratista y el interventor se allanan a ejecutar integralmente el objeto en la forma pactada en el contrato estatal, en los pliegos de condiciones o en los términos de referencia que permiten tomar las decisiones que afectan tanto el contrato como a las partes porque puede dar lugar a que se autoricen mayores cantidades de obra a las inicialmente pactadas, siempre que no sea posible preverlas en la etapa precontractual, así como también suscribir contratos adicionales hasta por el 50% del valor inicial, expresado en salarios mínimos mensuales vigentes para obras complementarias a la principal, objeto del contrato de obra.

En el caso propiamente dicho de las mayores cantidades de obra e ítems no previstos, según el artículo 40 de la Ley 734 de 2002, son faltas gravísimas de acuerdo con los numerales uno y siguientes, *“los funcionarios públicos que funcionalmente tienen la competencia para comprometer la responsabilidad contractual de la Administración durante la ejecución del contrato”*, porque es a la Administración a la que le corresponde autorizar las mayores cantidades de obra, o suscribir contratos adicionales, o hacer uso de una prerrogativa pública, pero el servidor público a sabiendas de que está incurso en conflicto de intereses para tomar la decisión, no se abstiene sino que actúa y en consecuencia incurre en una falta disciplinaria gravísima más cuando se puede llegar a generar detrimento al patrimonio público al dar por recibidas cantidades de obras que no se han ejecutado a cabalidad conforme se estipula en el contrato, en los pliegos de condiciones, en la oferta y en los estudios previos, o cuando no exige al interventor la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas obligatorias. (Meléndez, 2005)

De ahí la importancia de distinguir el papel que juega en la relación contractual el interventor del supervisor. El interventor es un servidor público o un particular, persona natural o jurídica- que representa los intereses de la Entidad Pública contratante en la

ejecución del contrato y por ello debe responder por la ejecución técnica del contrato de obra civil teniendo en cuenta que es un experto en el objeto contratado.

En razón a lo anterior, los principios de la contratación pública que se pueden vulnerar en la fase de ejecución del contrato según el Código Disciplinario Único, artículo 48, numeral 31 “*funcionario público que participa en la etapa precontractual o contractual, y como consecuencia de ella se ocasiona detrimento del patrimonio público*”, bien sea por desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución Política, artículo 209 y en la ley - Ley 80 de 1993-.

En mérito de lo expuesto autorizar mayores cantidades de obra, con el fin de favorecer al contratista que ejecuta o venía ejecutando el contrato de obra, vulnera el principio de transparencia, planeación y de moralidad administrativa cuando se omite el deber de exigir al contratista y al garante la ejecución idónea y oportuna del objeto del contrato, no solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan coyunturas que alteren en su contra el equilibrio financiero del contrato, cuando se omita revisar periódicamente las obras ejecutadas en condiciones de la calidad ofrecida por los contratistas previstos en las normas técnicas obligatorias.

En este orden de ideas, las decisiones sobre mayores cantidades de obra e ítems no previstos en una obra civil son decisiones que no están formalmente soportadas en una norma jurídica o en un reglamento, sino que con fundamento a ellas se debe justificar objetivamente la decisión en el marco de los principios que orientan la función administrativa y los fines que se persiguen con el contrato estatal, la Administración no tiene facultades discrecionales para tomar decisiones contractuales o escoger la solución que crea conveniente, sin evaluar todas las alternativas de solución que plantea la norma jurídica.

Entonces, luego de ponderar cada una de las posibles soluciones, es el juicio de racionalidad el que determina y justifica cuál de todas las posibles soluciones es la que conviene a la Administración dadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar. (Consejo de Estado, julio 18, 2002).

En suma, la etapa de ejecución del contrato es la que merece mayor atención y diligencia por parte de los servidores públicos que tienen deberes funcionales a fin de cumplir con cada una de las obligaciones contractuales y deberes impuestos por el Estatuto

General de la Contratación pública incluyendo a los particulares que cumplen funciones del Estado como es el caso de los interventores, independientemente de los consultores, supervisores privados que son contratistas particulares sustraídos de la relación de sujeción entre la Administración Pública y éstos como sujetos contractuales de la Administración.

Es de resaltar que la ejecución del contrato estatal de obra civil inicia con la suscripción o firma del contrato por las partes- Contratista –Persona natural o jurídica (Consortio, Unión Temporal) y el contratante Entidad Estatal (Representante Legal), acto jurídico denominado “*Celebración del contrato*” que implica el cumplimiento de requisitos legales previstos en la Ley 80 de 1993, como son la publicación en el Diario Oficial, el registro presupuestal y la aprobación de la garantía de cumplimiento, estudios técnicos y diseño elaborados por el consultor para implantarlos y construirlos siendo entonces el que da origen a las mayores cantidades de obra o los ítems no previstos que deben ejecutarse para poder llevar a feliz término la obra contratada.

En este sentido el acto de apropiación de los diseños consiste en que el contratista los recibe, los estudia, se apropia de ellos y bajo la exclusiva responsabilidad previa aprobación del interventor o de la entidad según lo estipule el contrato, se hacen los ajustes, complementaciones y adaptaciones para dar inicio a la construcción de la obra objeto del contrato estatal, de acuerdo con el cronograma detallado de las obras en sus diferentes frentes de trabajo y la memoria técnica que contiene los estudios y diseños apropiados. (Suárez, 2014).

No obstante, la naturaleza de los diseños y el proyecto de construcción, no existe apropiación de los diseños, sino que la entidad entrega al constructor los diseños para que durante el periodo de pre construcción los estudie y analice con el acompañamiento del consultor que los elaboró. Los diseños y planos pueden adaptarse a cambios durante el proceso constructivo de los ítems de la obra, si ello lo permite el contrato, siempre que las razones técnicas estén justificadas en las necesidades objetivas establecidas por los organismos de planeación urbana.

Entonces, dada la complejidad de los proyectos de obra civil se hace necesario en la etapa de pre construcción complementar un plano o un diseño porque el plano inicial no tuvo en cuenta por ejemplo un problema de estudio de suelos; los ajustes de los diseños tienen que ver por su puesto con cambios que imponen una decisión de una autoridad de movilidad,

como puede ser la ampliación de un desvío, o que impone la construcción de un puente peatonal entre otras circunstancias que afectan la terminación de una obra contratada.

Presupuestos para que proceda la adición

La adición a un contrato estatal de obra es posible siempre y cuando no exista variación del objeto del contrato, puede adicionarse en tiempo y hasta en un 50 por ciento del valor inicialmente acordado, en cuyo caso se debe contar con el presupuesto y los precios de los ítems no previstos deben ser acordados previamente y autorizados por la autoridad competente como se puede determinar en los artículos 53 y siguientes de la Ley 80 de 1993 que estipulan que no se requiere la celebración de un contrato adicional en los contratos de obra por precios unitarios cuando lo que varía no es el objeto del contrato, sino la estimación inicial de las cantidades de obra y, como consecuencia del aumento en las mismas, el valor final del contrato aumenta por ello debe ejecutarse el contrato hasta su culminación y la Administración debe realizar el manejo presupuestal requerido para atender sus propias obligaciones derivadas de la forma de contratación adoptada para proceder con el pago oportuno al contratista mientras este en ejecución la obra.

Ahora bien, en los casos en los que las deficiencias de los diseños de un proyecto provengan de culpa del consultor o asesor, debe darse aplicación a las disposiciones que establecen la responsabilidad de los consultores, interventores y en el caso de los asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría, o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fuere imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades siempre que se derivan de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría -Ley 80 de 1993, modificado por el artículo. 82 de la Ley 1474 de 2011-.

Adición de un Contrato, celebración de contratos adicionales.

De conformidad con lo establecido en el artículo 40, párrafo, inciso 2 del Estatuto de Contratación Pública, es posible adicionar los contratos hasta en el 50 por ciento más del valor del contrato inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales, lo que indica que expresamente está prohibido adicionar un contrato por encima de su valor histórico actualizado.

¿Qué es adicionar un Contrato Estatal?

Adicionar un contrato estatal de obra implica inicialmente identificar la modalidad de pago – A precio global, por administración derivada, por reembolso de gastos más honorarios, por concesión y aún, es posible crear otras modalidades de pago, según el contrato que se quiera celebrar y el acuerdo al que llegaron las partes según: a) el objeto del contrato y su desagregación en capítulos o ítems de obra y en el precio unitario de cada ítem de obra (contrato a precios unitarios); b) sobre el objeto del contrato y se convienen unos procedimientos para que se reembolsen los verdaderos costos de ejecución del objeto contratado y se pacta un porcentaje a título de honorarios a favor del contratista (administración delegada); c) sobre el objeto del contrato y una metodología para que el contratista financie la obra con sus propios recursos, pero donde el contratante, periódicamente, le reembolsa los gastos efectuados y le reconoce unos honorarios, generalmente porcentaje sobre costos -reembolso de gastos y honorarios-. (Suárez, 2014).

Esto para explicar que no se requieren contratos adicionales a los contratos principales celebrados por alguno del sistema de precios determinables, para poder ejecutar obras cuyo costo de ejecución sobrepase el estimado inicial. Es un error pensar que el precio estimado inicialmente es el verdadero valor del contrato, es solo un estimativo, el verdadero valor del contrato solo se puede determinar una vez concluya la obra y se liquide, lo que significa que se ejecutaron más cantidades de obra a las previstas, entonces el valor del contrato será mayor si fue lo que se acordó.

En este orden de ideas, un contrato se adiciona cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual por mayores cantidades de obra que surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato.

En estos casos, el mayor costo de la ejecución del contrato no puede cobijarse con el concepto legal de "*contrato adicional*", pues éste está reservado a aquellos eventos en que se introducen modificaciones o adiciones al contrato mismo, a su objeto, y de allí resulta un mayor valor de ejecución.

La mayor cantidad de obra que resulte por encima del estimativo inicial en los contratos de obra celebrados a precios unitarios, "*no implica, en principio, en forma alguna cambio de objeto ni cambio en su valor*", porque en este tipo de contratos sólo podrá

hablarse de este último cambio, cuando la modificación se hace en alguno u alguno de los precios unitarios convenidos. En cambio si de lo que se trata es de la realización de *"mayor cantidad de obra"* de la presupuestada precisamente para no modificar el objeto del contrato no se requiere ni cabe el *"contrato adicional"* basta la autorización del respectivo interventor o del funcionario que el mismo contrato haya previsto." (Suárez, 2014).

Tanto es así que el Consejo de Estado, en su jurisprudencia, ha señalado que el plazo es por tanto, un elemento accidental del contrato en razón a que, en los términos del mismo artículo, ni esencial ni naturalmente le pertenece a éste, y se le agrega por medio de cláusulas especiales, es decir, que no es necesario para la formación del acto ni se sobreentiende como integrante de él como lo afirma la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la sentencia del 24 de agosto de 2005 *"(...) no siendo el plazo un elemento de la esencia del contrato sino meramente accidental, se puede modificar por acuerdo de las partes, pues éstas lo establecen en el respectivo contrato"*. Entonces cuando la adición en plazo exceda el 50% de lo estipulado inicialmente los ordenadores del gasto están facultados para hacerlo.

En este contexto *"El objeto del contrato es un elemento inmodificable en un contrato estatal"*, de este modo se precisó que *"cualquier modificación del objeto del contrato implica la celebración de uno nuevo, cuando haya modificación del objeto está expresamente prohibida la adición"*. Dicho de otra manera, *"la adición opera solamente cuando la modificación se refiere al valor y al plazo del contrato originalmente celebrado"*.

Retomando lo planteado se puede afirmar que habrá contrato adicional cuando se agrega algo nuevo al alcance físico inicial, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual y no cuando simplemente se realiza un ajuste del valor o del plazo inicial del contrato, sin que ello implique como se plasma en el párrafo anterior modificación del objeto.

Cuando haya reforma al objeto del contrato, en tanto este constituye un elemento de la esencia, debe tener lugar un nuevo contrato; hacer lo contrario conllevaría autorizar su sustitución sin el cumplimiento de las formalidades propias del contrato estatal y en perjuicio de los principios que persiguen tales reglas. En consecuencia el objeto no podrá ser modificado. En cambio si se trata de adición de actividades necesarias para su adecuada realización, la Corte se ha pronunciado indicando que tratándose de contratos el análisis debe hacerse puntualmente en cada caso a la luz de la normatividad vigente, y según sea el negocio y las cláusulas pactadas, o de lo que concretamente se haya dicho en los términos de

referencia o pliegos que sirvieron para la contratación tal y como está establecido en la Ley 1150 del 2007.

Del mismo modo al examinar la Jurisprudencia se encuentra que el Consejero Alier Hernández, precisa que cuando se trata de mayores cantidades de obra no se modifica el objeto del contrato, para decir que es posible que existan contratos adicionales, y en el caso que no se hubieran suscritos la Administración está obligada a reconocer los mayores valores para restablecer el equilibrio contractual con el contratista. Lo propio para obras que no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de obras nuevas distintas de las contratadas, o de ítems no previstos. De este modo queda claro que los precios que resulten por mayores cantidades de obra se deben reconocer porque están previstos en la Ley, sin embargo, se deduce de la Sentencia en cuestión que pese a los conceptos del Consejo de Estado, lo deseable es que las mayores cantidades de obra, o los mayores valores resultado de la ejecución por mayores ítems deben formalizarse en un contrato estatal.

Así que las obras adiciones necesarias no previstas, pero necesarias para cumplir el objeto del contrato se deben solemnizar en un contrato.

Sobre las mayores cantidades de obra ejecutada, el Consejo de Estado ha manifestado que si en la obra contratada las mayores cantidades sobrepasan el estimativo inicial durante la ejecución del contrato sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual, está justificada la celebración de contratos adicionales, y si no se ha celebrado un otrosí, es necesario restablecer la ecuación contractual.

En este orden de ideas si las nuevas obras no fueron parte del objeto del contrato principal, sino que implican una variación del mismo, se trata entonces de obras nuevas distintas de las contratadas, o de ítems no previstos y por lo tanto se requiere un contrato adicional.

En el caso que estas nuevas obras no se hayan incluido en un contrato adicional, y tampoco se reconocen al momento de liquidar el correspondiente contrato, su reclamación resulta procedente en virtud del principio que prohíbe el enriquecimiento sin justa causa, para lo cual debe acudirse a la acción de Reparación Directa; lo que significa que la Jurisprudencia reconoce la posibilidad de reclamar las mayores cantidades de obra y obras adicionales al contratista. (Consejo de Estado, junio 18,2002).

Es de anotar también que en una obra civil además de las obras adicionales, están las no previstas, pero ejecutadas por exigencia del contratante que cuando no se han formalizado se deben reconocer para restablecer el equilibrio económico con el contratista, sin embargo, es claro que para restablecer el equilibrio económico deben figurar en el acta de liquidación, en cuyo caso la Administración debe arbitrar los recursos necesarios para cumplir con el pago de esta obligación.

La ejecución de las obras adicionales no previstas en una licitación, y que no hacen parte del contrato, pero fueron ejecutadas por el contratista dados los requerimientos de una empresa de servicios públicos por ejemplo que no cuenta con autorización de la Administración – Entidad contratante-, cuando no se acreditan y justifican por parte del contratista como necesarias e indispensables para el cumplimiento del objeto contractual o cuando el contrato suscrito se pactó a precio global, el contratista puede reclamar y la Administración debe responder por los hechos que desequilibran la ecuación financiera del contrato y que escapan al control del contratista como lo indica el Consejo de Estado al decir que el acta de liquidación constituye el marco para evaluar el desequilibrio contractual. (Consejo de Estado, marzo 7, 2013).

Así las cosas, cuando el precio acordado en el contrato es a precio global, algunos administradores consideran que es inmodificables, sin embargo, el Consejo de Estado ha dicho que no hay rigidez, y si como resultado de la necesidad de cumplir con el objeto del contrato se requiere mayores cantidades de obra o ejecutar ítems no previstos, es posible pactarlos o reconocerlos en desarrollo de la obra o al momento de la liquidación del contrato.

El consejo de Estado se ha referido a la modalidad de “precio global” lo que pone de presente los elementos o aspectos que él envuelve o comprende, sin que ello implique rigidez inmutable, esto para decir que los desajustes o desequilibrios siempre se reconocen bien sea en el acta de liquidación o por vía de acciones judiciales, todo con el propósito de restablecer el equilibrio económico (Consejo de Estado, 29 de agosto de 2007).

Respecto a los ítems no previstos u obras no contempladas en la licitación o en el contrato cuando sean necesarias para cumplir el objeto del contrato pueden ser autorizadas y es necesario formalizarlas en un contrato adicional, como obras adicionales, pues si bien no hacen parte de los ítems contratados, también es cierto que son necesarias para cumplir con el objeto del contrato, y por lo tanto están dentro de las facultades que tienen los administradores

públicos, en este caso, para facilitar su reconocimiento es necesario contar con los recursos necesarios y por supuesto con la formalización solemne del contrato adicional.

Para el caso de las entidades que exigen obras adicionales, ello no genera para el contratista la obligación de ejecutarlas, si estas no estaban autorizadas por el contratante, no hacen parte del objeto contractual, esto para precisar que en estos casos el interventor podría avalarlas. Diferente suerte corren las obras adicionales, pues se constituyen en una circunstancia imprevista tanto para la entidad contratante como para el contratista, porque se presentan durante el desarrollo de los trabajos y por ende no fueron consideradas en la licitación, ni en el contrato (Consejo de Estado, 29 de agosto de 2009)

La Planeación como principio de Legalidad

En lo que tiene que ver con la planeación, preparación, selección y suscripción de los contratos estatales se evidencia que si la Administración contratante realiza el proceso conforme lo establecen el Estatuto General o especial de la Contratación Pública, la planeación y los demás actos de la etapa precontractual, aseguran la legalidad del contrato porque el negocio jurídico no estaría incurso en una causal de nulidad, o en una causal de nulidad de alguno de los actos administrativos adjuntos al contrato que a futuro permita su terminación unilateral y menos incurrir en el delito de celebración indebida de contratos o daño patrimonial. (Santofimio, 2000).

El principio de planeación en la contratación estatal y particularmente en el contrato de obra civil, se identifica como fundamental a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 y la Ley 152 de 1994, cuando se expide el Plan Nacional de Desarrollo y los planes estratégicos de las entidades territoriales que incluyen los proyectos de obra y servicios para financiar con el plan de inversión.

En este contexto el único contrato que no tiene su origen en el marco de los planes de desarrollo y los respectivos presupuestos es el que se suscribe previa declaración de urgencia manifiesta dado lo imprevisible e intempestivo de la causa, el objetivo es enfrentar una necesidad pública inesperada que en condiciones normales es imposible prever como fue el caso reciente de la catástrofe de Mocoa en el Putumayo.

Es de anotar que el principio de planeación contractual, regulado en el Estatuto de Contratación Pública- Ley 80 de 1993- , es indispensable y fundamental para adelantar un proceso selectivo como lo establece el artículo 25, numerales 6, 7, 11, 12, 13 y 14 para

ordenar la apertura de la licitación pública que tiene como requisito previo la existencia de la disponibilidad presupuestal debidamente acreditada y expedida por la autoridad financiera o de presupuesto de la entidad, o por la autoridad encargada de certificar las vigencias futuras para contratar.

Además de presentar el estudio de conveniencia y oportunidad que consiste es un análisis del objeto de la obra que se va a contratar, el alcance, la conveniencia pública de realizar la inversión, la viabilidad del proyecto y la escogencia del momento cronológico para iniciar la selección del contratista, la ejecución y puesta en marcha de la obra civil. El estudio de conveniencia y oportunidad, es el fundamento de la decisión que toma la Administración de suscribir el contrato estatal que demande la ejecución del presupuesto; a manera de ejemplo está el Distrito Capital de Bogotá donde quien tiene la competencia para contratar es el Concejo Distrital, artículo 25, numeral 7 de la Ley 80 de 1993.

Importante tener en cuenta que cuando el contrato tiene como objeto la construcción de una obra pública, siempre se requiere estudios técnicos y entre ellos el estudio de pre factibilidad, factibilidad del proyecto, diagnósticos, estudio de suelos, estudio de mercado para determinar los precios con lo que se va a contratar, los diseños, estudios técnicos, estabilidad y calidad de los bienes, insumos y servicios, maquetas, planos y la estructuración legal, técnica y financiera contenida en los pliegos de condiciones, minuta del contrato y presupuesto del contrato. (Suárez, 2014).

En el desarrollo de obras civiles en particular se requiere además de lo anterior, la licencia ambiental, la licencia de urbanismo, la licencia de construcción, o en su defecto el estudio del impacto ambiental negativo que puede causar la rehabilitación o mantenimiento de la obra al medio ambiente, así como las medidas de prevención y rehabilitación para la sostenibilidad ambiental, trámites de permisos y licencias que se deben solicitar previamente ante las autoridades ambientales y de planeación. (Escobar, 2000).

Otro aspecto a tener en cuenta en un contrato de obra civil, es la adquisición de los predios para la construcción de la obra pública como requisito necesario para la ejecución del contrato al momento de su celebración. (Escobar, 2001).

Cumplidos los tramites previamente establecidos, en principio y de acuerdo con lo establecido en los artículos 24 y 26 de la Ley 80 de 1993, se empieza a establecer el procedimiento de selección del contratista – Licitación- con la elaboración del pliego de

condiciones y términos de referencia que la comunidad y los eventuales oferentes conocen al momento que se publican, da la opción de sugerir observaciones cuando contenga regulaciones contrarias a la ley o sean inconvenientes para el interés público.

En la selección del contratista al igual que el principio de la planeación, el principio de transparencia es muy importante en la medida que compromete otros principios orientadores de la gestión contractual de la Administración Pública como es la imparcialidad y el deber de selección objetiva que tienen como fin garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la contratación estatal y la escogencia objetiva de los contratistas.

En este orden los pliegos de condiciones y términos de referencia, deben definir con precisión las condiciones de costo y calidad de las obras civiles necesarias para la ejecución del objeto del contrato, evitando incluir condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, y exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren, pues las normas de los pliegos y términos deben establecer reglas que no induzcan en error a los proponentes y/o contratistas, e impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

Igualmente en los pliegos se debe establecer de manera expresa los plazos para la liquidación de los contratos cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza, cuantía y reglas de adjudicación. En ese orden el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto reglamentario 1082 de 2015-, constituyen el régimen jurídico de principios y reglas del contrato de obra civil donde además se deben tener en cuenta otros principios como es la economía, la publicidad, la libre concurrencia y la selección objetiva.

La fase pre contractual culmina con la adjudicación del contrato mediante acto administrativo o en audiencia pública, evento en el cual se notifica al adjudicatario y comunica a los participantes la decisión de la entidad pública. (Suárez, 2014).

Resulta importante también considerar el planteamiento de que los ítems no previstos y las mayores cantidades de obra no previstas en el contrato adicional son producto de la imprevisión del contratante, idea que conlleva la responsabilidad y obligación que tiene la Administración de aplicar debidamente el principio de planeación porque solo para casos excepcionales es que se puede reconocer obras adicionales o autorizar ítems no previstos, como elemento esencial de la formalización y ejecución de un contrato. Quiere decir esto que

las dificultades en la ejecución de una obra, en el cumplimiento del objeto contractual, cuando se requieran obras adicionales o reconocer ítems no previstos es porque son producto de la imprevisión y falta de planeación por parte de la Administración. (Consejo de Estado, febrero 1, 2012).

Nótese entonces que el principio de planeación es el sustento de los otros principios de la contratación estatal como es el de legalidad, obviarlo es generar consecuencias que afectan el proceso posterior que se materializa en la ejecución de la obra. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino para garantizar la integralidad del patrimonio público, el carácter vinculante del principio de planeación es evidente por su estrecho vínculo con todos los principios establecidos en el Estatuto de Contratación Pública.

Así que la falta de planeación particularmente en relación con las obras adicionales puede llegar a configurar abuso o desviación de poder, con lo cual la Administración puede estar incurso en responsabilidades civiles, penales y disciplinarias, que si se llegan a probar desde el punto de vista contractual afecta los contratos adicionales por quedar expuestos a nulidades relativas o absolutas que generan consecuencias económicas derivadas de la deficiente actuación que debe propender por una real y efectiva racionalización y organización de acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales.

El contrato estatal también se afecta cuándo se violan la planeación y el deber propio de la selección al pactar como precio un valor igual al doble del que en realidad tenían en el mercado las cosas que constituían su objeto. El abuso de poder conlleva a una nulidad que no puede ser saneada solo por la ratificación de las partes. (Consejo de Estado, agosto 29, 2007).

De otro lado ya en la ejecución de la obra es posible que se requiera ampliar los plazos, lo cual es posible sin que ello tenga consecuencias desde el punto de vista legal. La Jurisprudencia se ha ocupado de las variaciones en costos como consecuencia de un fenómeno que es común en el país, los mayores precios como producto de la inflación, caso en el que hay derecho de reclamar por parte del contratista porque esos mayores costos la Administración está en la obligación de reconocerlos para restablecer el equilibrio económico de las partes del contrato estatal.

Es por ello que en los contratos de construcción de obra pública, la sola extensión del plazo de ejecución genera perjuicios para el contratista, representados por variación de precios como consecuencia de la inflación y el aumento de gastos de administración tales como la gerencia, la secretaría, la contabilidad, la mensajería, el arrendamiento, la vigilancia, entre otros. (Consejo de Estado, junio 8, 2007).

Otro aspecto a tener en cuenta en los contratos adicionales es:

El Desequilibrio Económico, ocasionado por la imprevisión- Responsabilidad del Contratista-.

Tema fundamental del cual se ocupa el Consejo de Estado, en el sentido de precisar que si esto afecta al contratista, este está en la posibilidad de no aceptar el contrato adicional, so pena que sí lo acepta debe asumir las consecuencias, pues la Administración no tiene por qué reconocer los mayores costos que resulten de la imprevisión del contratista.

El Consejo de Estado desestimó las pretensiones de un contratista al negarse a reconocer un desequilibrio económico del contrato en razón al pago por impuesto de guerra en contratos adicionales, el contratista habría podido abstenerse de celebrar el contrato si éstos le generaban perjuicios económicos pues no puede ser de recibo que una vez celebrado los contratos adicionales, en vigencia de la Ley 104 de 1993 que establecía la contribución en mención, se pretenda o persiga un reconocimiento indemnizatorio por hechos que no son ajenos a la parte que lo solicita, dado que de haber actuado en forma cautelosa no se habrían producido los efectos económicos negativos que afirma soportar, es decir, no se puede justificar una adición para reconocer impuestos que al momento de la firma del contrato hacían parte del ordenamiento jurídico (Consejo de Estado, abril 25, 2013).

En razón a lo anterior cuando se trate de obras adicionales en los cuales haya impuestos o costos que estén vigentes y no sean contemplados por el contratista, estos riesgos deben ser asumidos por él y por lo tanto no serán objeto de obras adicionales.

El Consejo de Estado para el caso de la Contribución Especial o impuesto de guerra, sobre las actas de pago de estos contratos adicionales, indica que no constituye un hecho imprevisto, porque el contratista debió prepararse para esta consecuencia, cuando los suscribió. El contratista alegó que los precios unitarios del adicional debían ser iguales a los del contrato inicial.

Sin embargo, el contratista al momento de celebrar dichos negocios, pudo asumir una de estas dos conductas: i) Suscribirlos, pero con precios de mercado adecuados, es decir, renegociando el valor unitario de los ítems o ii) Desistir del negocio, porque no satisfacía su pretensión económica, teniendo en cuenta que estaba vigente un impuesto que gravaba la actividad adicional que pretendía ejecutar, de este modo una vez más la posición del Consejo de Estado es no reconocer mayores valores originados en impuestos vigentes (Consejo de Estado, mayo 23, 2012).

Desequilibrio Económico del Contrato Reajuste de Precios

En los casos que se presenten reajustes de precios que afecten los costos por hechos imprevistos, anormales en el comportamiento de la economía estos los reconoce la Administración y se deben formalizar mediante un contrato adicional, siempre y cuando la situación sea extraordinaria, anormal, exógena a las partes, imprevisible e irresistible, que haya alterado significativamente los resultados económicos del contrato.

Frente a la ocurrencia de hechos anormales, extraordinarios e imprevisibles, que impacten en forma grave la economía del contrato y frente a las cuales se tornan ineficaces los mecanismos de reajuste estipulados, puede el juez revisar los precios del contrato para restablecer el equilibrio económico alterado.

Las cláusulas de reajuste o estabilización generalmente son pactadas por las partes para obtener una corrección razonable de precios en caso de presentarse una situación previsible como la inflación, en estos casos se haría vía contrato adicional o vía reclamación, viabilidad para reconocer el desequilibrio económico (Consejo de Estado, febrero 29 de 2012).

Mayores Cantidades y obras Adicionales deben ser acordadas Expresamente

La Jurisprudencia ha evolucionado y en el año 2012 el Magistrado Danilo Rojas se pronunció en el sentido que las obras adicionales deben ser acordadas expresamente y formalizadas en un contrato, lo cual implica que deben existir los recursos presupuestales para el compromiso. Cuando es por la decisión autónoma e independiente del contratista que este ejecutando tales obras extracontractuales, no se puede aspirar a comprometer la responsabilidad de la Administración, por esos costos que de manera alguna ella aceptó asumirlos directa o indirectamente.

El consejo de Estado se pronunció para el caso cuando la Administración induce al contratista a ejecutar obras por fuera del contrato sin haber perfeccionado la modificación y

las recibe a satisfacción, por ser indispensables para la ejecución del objeto contractual, ella está en el deber de responder frente al contratista por el valor de las mismas, pero la decisión del contratista de ejecutar las obras es autónoma e independiente porque son obras extracontractuales en las que no se puede pretender ni comprometer la responsabilidad de la Administración, cuando fueron costos que se asumieron directa o indirectamente.

La construcción de obras adicionales no debe obedecer a la simple iniciativa autónoma del contratista, pues él está obligado por los términos del negocio jurídico celebrado con la Administración y sólo debe realizar las obras en la cantidad y clase estipulada en el contrato.

Para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias, las mismas “*deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante*”, aquiescencia que debe demostrarse en los términos antes expuestos (Suárez, 2014).

El reconocimiento de los imprevistos como obras adicionales

Cuando se trate de imprevistos que no son responsabilidad del contratista, éstos los reconoce la Administración sin ningún inconveniente, y puede ser en el momento de la liquidación del contrato, puesto que se requiere dejar constancia expresa de esta situación. No obstante, si la Administración reconoce imprevistos imputables al contratista, se configura un detrimento patrimonial el cual será objeto de investigación y las consecuencias fiscales y disciplinarias son para el ordenador del gasto de la respectiva entidad.

La Contraloría General de la República dice que cuando una entidad estatal pacta un porcentaje para cubrir imprevistos no imputables al contratista, y durante la ejecución del contrato no ocurren, las partes en la liquidación del mismo deberán dejar constancia de esta situación, de manera que si no hubo imprevistos, la entidad estatal no debe pagarlos. En efecto pagar imprevistos sin que estos hayan ocurrido, o pagar imprevistos imputables al contratista, configura un detrimento patrimonial que será objeto de acción fiscal, posición que ha variado y modificado con el tiempo coherente con la jurisprudencia. (Contraloría, febrero, 2012).

Tema sobre el cual ha intervenido la Contraloría General de la República, quien amparada en la sentencia de la Consejera de Estado Ruth Stella Correa Palacio, precisa que el porcentaje de imprevistos debe ser demostrado por el contratista para lograr el restablecimiento del equilibrio económico originado en eventuales sobrecostos, cuyo origen

es cubrir a los riesgos ordinarios que se producen en los contratos de obra, cubriendo así los riesgos propios de toda obra, incluidos los casos fortuitos ajenos a la voluntad del contratista.

Importante es no confundir de ninguna manera los imprevistos en los contratos con las adiciones, esto está referido a la cláusula relativa a su valor para que se incluya un porcentaje de imprevistos (como suele suceder en los contratos de obra pública), le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida, ella resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato, significa que se incluyeron para salvaguardar riesgos ordinarios cubriendo así los riesgos propios de toda obra, incluidos los casos fortuitos que se podrían llamar ordinarios. (Consejo de Estado, octubre, 25, 2012).

Es usual en la formulación de la oferta para la ejecución de un contrato de obra, la inclusión de una partida de gastos para imprevistos y esa inclusión e integración al valor de la propuesta surge como una necesidad para cubrir los posibles y eventuales riesgos que pueda enfrentar el contratista durante la ejecución del contrato.

Sobre la naturaleza de esta partida y su campo de cobertura, la doctrina destaca que la misma juega internamente en el cálculo del presupuesto total del contrato y que se admite de esa manera “*como defensa y garantía del principio de riesgo y ventura,*” para cubrir ciertos gastos con los que no se cuenta al formar los precios unitarios. El porcentaje de imprevistos significa en su origen, la salvaguarda frente a los riesgos ordinarios que se producen en los contratos de obra y que, al no poder ser abonados con cargo a indemnizaciones otorgados por la Administración cuando se produzcan (ya que la técnica presupuestaria lo impediría en la mayoría de los casos), son evaluados a priori en los presupuestos de contratación cubriendo así los riesgos propios de toda obra, incluidos los casos fortuitos que se pueden llegar a llamar ordinarios. El porcentaje de imprevistos es, por tanto, una cantidad estimativa, con la que se trata de paliar el riesgo propio de todo contrato de obra que unas veces cubrirá más o menos los riesgos reales del desarrollo del contrato (los que, efectivamente, se realicen), y ahí radica justamente el alea del contrato.

Nueva Tesis de la Contraloría AIU

En este aspecto la Contraloría, desarrolla la tesis del AIU, en el cual la Administración reconoce los imprevistos y las utilidades con base en la adecuada planeación. La tesis plantea

que no se deberían presentar costos imprevistos que tengan que ser reconocidos por la Administración, puesto que deben ser reconocidos desde el mismo momento en el que se suscribe el contrato de obra.

El AIU forma parte del valor total del contrato, de manera que una correcta planeación permite prever los riesgos que puedan afectar el AIU al presentarse hechos que fueron determinados en la partida de imprevistos se debe hacer uso de la “I” Cuando a pesar de haberse usado de la “I” se presentan circunstancias que excedan lo planeado y superen el cálculo previsible puede ser viable un desequilibrio financiero, si por el contrario, el contratista en su propuesta no realizó una adecuada planeación de los costos, y planteó una partida insuficiente para atender los mismos, será él quien deberá asumirlos. La conclusión es que se trata de una figura diferente a la adición de un contrato por mayores cantidades de obra o ítems no previstos, porque de lo que trata es de cubrir imprevisiones que proporcionalmente no sobrepasen el 5 por ciento del valor del contrato, contrario sensu se entiende pueden ser contempladas en el valor del contrato desde sus inicios.

Equilibrio económico.

La magistrada María Helena Giraldo, expresa que la única razón por la cual se puede presentar un desequilibrio económico es por un aumento de la inflación, y en cuyo caso los ajustes previstos en el precio de un contrato no cubren los gastos que finalmente ocurrieron en desarrollo de una obra. Sin embargo, esto no tiene nada que ver con el tema de estudio, pues para el caso abordado son las mayores cantidades de obra, y los ítems no previstos, en un contrato de obra física, y no desequilibrio por razones de mayores costos que pueden ser ocasionados por la inflación.

Es preciso diferenciar el restablecimiento del equilibrio económico con una adición del contrato por mayores cantidades de obra o ítems no previstos, puesto que solo hay lugar a pedir que se restablezca el equilibrio económico de un contrato con base en la inflación cuando se presentan dos variables: i) Se trata de un aumento desorbitado del porcentaje de inflación (ii) En la fórmula pactada en el contrato por las partes para el reajuste de los precios, no se incluyan factores para la recuperación de la inflación (Consejo de Estado, mayo 3, 2001).

Mayor Permanencia

El tema de mayores costos por mayor permanencia, puede también originar sobrecostos, en estos casos siempre que sean probados deben ser reconocidos por la Administración, pues se presentan mayores costos por permanencia de equipos, de personal en el sitio y en general ocurre cuando se presenten mayores costos por suspensión de un contrato por razones ajenas al contratista. Otra vez hay que decir que este caso no es típico o no está relacionado con el problema estudiado.

Importante, sí, es diferenciar los mayores costos, los cuales se causan por la prórroga o suspensión del contrato fundada en hechos no imputables al contratista, pero que generan la obligación de cubrir los sobrecostos ocasionados por la prolongación del plazo a la Administración siempre que aparezcan probados, este es otro caso que no se puede asimilar a la adición de un contrato por mayores cantidades de obras o ítems no previstos tal como se concluye de las sentencia del Consejo de Estado. (Consejo de Estado, abril 28, 2010).

Si el contratista pretende obtener perjuicios por conceptos distintos, como el de la permanencia de equipos y personal en la obra durante los períodos de suspensión, estos perjuicios deberán ser acreditados (Consejo de Estado, agosto 29 de 2007).

Realidad Fáctica, Financiera y Jurídica

La realidad fáctica es que las administraciones públicas adjudican y celebran los contratos mediante procedimientos distintos a los establecidos en la ley, dada la coexistencia de múltiples regímenes de contratación en el ordenamiento jurídico colombiano, caracterizado por normas de toda índole que además de estar dispersas, el Congreso de la República continua expidiendo nuevas normas tanto legales como reglamentarias, sin tener en cuenta el procedimiento para desarrollar un contrato estatal. (Suárez, 2014).

Autorización de Mayores Cantidades de obras o Ítems no Previstos en la Contratación Estatal

Con fundamento en las sentencias estudiadas y en la doctrina consultada, se puede afirmar que las mayores cantidades de obra para que sean reconocidas, deben ser autorizadas por un funcionario competente, esto es por el interventor del contrato. Las diferentes sentencias citadas concluyen lo siguiente: 1- Tratándose de obras las cuales fueron pactadas a precios unitarios, cuando el mayor valor es producto del mayor número de ítems necesarios para el desarrollo o cumplimiento de la obra contratada, el reconocimiento se refleja en la

liquidación del contrato. 2-: Cuando se trata de mayores cantidades de obra necesarias para el cumplimiento del contrato, éstas deben ser autorizadas por funcionarios competentes de la entidad contratante, lo deseable según la literatura estudiada es la formalización de un contrato adicional que no exceda el 50 por ciento del valor inicialmente contratado.

3- Cuando se trata de ítems adicionales, es indispensable que éstos se formalicen en un contrato y las cantidades de obra y precios sean acordados previamente en un contrato de obra adicional, en cuyo caso este no puede superar el 50 por ciento de lo inicialmente contratado. 4- en cualquier caso cuando dentro del objeto del contrato se hubieren realizado obras adicionales, ítems no previstos, en caso de no haber autorización de la entidad contratante, el contratista puede acudir a la Jurisdicción Contenciosa para reclamar esos mayores valores, los cuales serían reconocidos para restablecer el equilibrio económico, pues de por medio está la tesis que el Estado no se puede enriquecer en detrimento de un particular.

Impedimentos de los administradores públicos

Los Administradores Públicos deben actuar conforme a lo establecido en la normatividad vigente: a)- Ley 80 de 1993. -Ley 1150 del 2007 y Decreto 1082 de 2015, además de la jurisprudencia del Consejo de Estado. No se puede modificar el objeto del contrato, esto es si una adición, independiente que sea inferior al 50 por ciento, si implica la modificación del objeto del contrato, es ilegal y conlleva a sanciones a los administradores. b). Ningún contrato se puede adicionar por un mayor valor al 50 por ciento de su valor inicial, aun en el caso que las obras adicionales o ítems no previstos, sean indispensables para cumplir con el objeto del contrato. Están impedidos de suscribir adiciones o autorizar mayores cantidades de obra, o ítems no previstos necesarios para cumplir con el objeto del contrato si no cuentan con los recursos presupuestales para poder sufragar dichos gastos.

Conclusiones

En mérito de lo expuesto lo fundamental de un contrato de obra estatal es cumplir con los principios generales de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política” Principios de legalidad, de interés público, seguridad jurídica, buena fe y equidad, moralidad administrativa, eficacia administrativa, eficacia administrativa contractual, celeridad administrativa, imparcialidad contractual, de contradicción contractual y de responsabilidad contractual.

En relación a las exigencias legales para la selección de un contratista estatal – numeral 1º de artículo 24 del Estatuto General de la Contratación Pública precisa “*se efectuará por regla general a través de licitación pública, con las excepciones que se señalan en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007*” y el Decreto 1082 de 2015.

De manera que para identificar las mayores cantidades de obra e ítems no previstos hay que contextualizar el contrato estatal de obra civil en el marco del principio de planeación que en la fase precontractual según la doctrina y la jurisprudencia es el que está regulado dentro de los derechos y deberes de las Entidades del Estado descritos en el artículo 4º y 14 de la Ley 80 de 1993.

En concreto durante la ejecución de una obra civil se presentan hechos que obligan a la Administración a modificar los contratos, en algunos casos por imprevisión, en otros por falta de planeación, sin embargo, hay casos en los cuales el valor de contrato inicial es mayor al inicialmente suscrito, porque se pactaron unos ítems y unos precios unitarios que afectan el valor del contrato y que solo se pueden identificar una vez se termina el contrato, puesto que el resultado final es producto de la liquidación del mismo.

En estos casos en reiteradas ocasiones el Consejo de Estado se ha pronunciado manifestando que no se requiere la suscripción de un contrato adicional, ello no quiere decir que en caso de hacerlo la Administración incurra en un yerro, solamente que si no existe no se incurre en error alguno.

Cosa muy distinta es cuando en desarrollo del contrato se encuentra que es necesario adicionar ítems u obras adicionales para cumplir con el objeto del contrato, porque en este caso es necesario, de una parte que los ítems adicionales y que las obras adicionales sean autorizadas por la Administración teniendo en cuenta las razones de tipo presupuestal para formalizarlas en un contrato.

Bajo este contexto los contratos estatales de obra están sujetos a la disponibilidad presupuestal – Registro- lo que indica que la Administración debe contar con el presupuesto para la adición, sea que se trate de obras adicionales, de ítems no previstos o de mayores cantidades de obra que excedan el registro presupuestal.

Desde el punto de vista jurídico y tal como consta a lo largo de la revisión de la norma, la doctrina y la jurisprudencia el alcance de lo que son las mayores cantidades de obras, obras adicionales, los ítems adicionales y adición en los contratos, adición que no puede ir más allá del 50 por ciento de su valor inicial, no pueden modificar el objeto del contrato. Esto indica que se puede pagar un valor inicial distinto al suscrito cuando sea el resultado de mayores ítems, lo cual no requiere de adición al contrato, pero sí de autorización del interventor o supervisor de la obra, lo deseable es que sean solemnizados en un contrato que cuente con los certificados de disponibilidad presupuestal que garantizan la posibilidad de cumplir con las obligaciones que se generen como consecuencia de la adición al contrato de obra civil.

Finalmente, en cuanto a coherencia de normas, es difícil saber en el tema de contratación que está vigente y que ha sido derogado, esto por cuanto La Ley 5 de 1992 permite que cuando se expidan nuevas leyes, no se precisa que se deroga y que no, por cuanto se utiliza la frase genérica “deroga las normas que le sean contrarias”.

Recomendaciones

Incluir en el manual de contratación de las entidades públicas, de manera clara los procesos y procedimientos que se deben seguir, para en casos que sean necesarios adicionar contratos, autorizar mayores cantidades de obra o modificar el contrato incluyendo ítems no previstos, o reconocer mayores valores como consecuencia de la variación de precios.

Es necesario adelantar jornadas de capacitación a Gerentes públicos, ordenadores de gasto y contratistas, sobre los principios de legalidad, el principio de planeación y las causales de nulidad en la contratación estatal, facultades para proceder a la modificación unilateral y procesos y procedimientos a seguir para incluir nuevos ítems, cuando estos no hicieron parte del proceso de selección y son necesarios para poder continuar y terminar la obra civil.

Reglamentar el procedimiento para el caso de adiciones o autorizaciones de mayores cantidades de obra e ítems no previstos, puesto que de la forma como se adelante derivan las consecuencias en cuanto a responsabilidad de los gerentes públicos a nivel legal y presupuestal en los contratos de obra civil.

Es necesario reglamentar como proceder con un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato como consecuencia o resultado en el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrarlo, no es una adición al contrato; sin cambios en el alcance físico de las metas determinadas en el objeto del contrato, originados en una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución del objeto descrito en el contrato no constituyen adición.

Se recomienda precisar en los procedimientos la necesidad de *haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante*, demostrar aquiescencia, e incluirse en el proceso de liquidación, concretamente costos por mayor permanencia probados (por permanencia de equipos, de personal en el sitio), que en general ocurren cuando se presenten mayores costos por suspensión de un contrato por razones ajenas al contratista

Se recomienda reconocer los imprevistos reflejados en mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias a las mismas en el momento de la liquidación del contrato para dejar constancia expresa de esta situación.

Diferenciar el equilibrio económico de un contrato con base en la inflación y sus diferencias con las mayores cantidades de obra e ítems no previstos.

Reglamentar la autorización de mayores cantidades de obras o ítems no previstos así:

1- Obras las cuales fueron pactadas a precios unitarios, cuando el mayor valor es producto del mayor número de ítems necesarios para el desarrollo o cumplimiento de la obra contratada, el reconocimiento se refleja en la liquidación del contrato.

2-: Mayores cantidades de obra necesarias para el cumplimiento del contrato, éstas deben ser autorizadas por funcionarios competentes de la entidad contratante, lo deseable según la literatura estudiada es la formalización de un contrato adicional que no exceda el 50 por ciento del valor inicialmente contratado.

3- Ítems adicionales, es indispensable que éstos se formalicen en un contrato y las cantidades de obra y precios sean acordados previamente en un contrato de obra adicional, en cuyo caso este no puede superar el 50 por ciento de lo inicialmente contratado.

4- Casos en los cuales el contratista puede acudir a la Jurisdicción Contenciosa para reclamar esos mayores valores, cuando dentro del objeto del contrato se hubieren realizado obras adicionales, ítems no previstos, en caso de no haber autorización de la entidad contratante, para restablecer el equilibrio económico haciendo evidente la tesis que el Estado no se puede enriquecer en detrimento de un particular.

Precisar los impedimentos de Ley de los Administradores públicos que constituyen falta disciplinaria, y acarrea responsabilidades de tipo fiscal:

a. Cuando modifica el objeto del contrato independientemente que sea inferior al 50 por ciento

b. Si se adiciona por un mayor valor al 50 por ciento de su valor inicial, aun en el caso que las obras adicionales o ítems no previstos, sean indispensables para cumplir con el objeto del contrato.

c. Si no cuenta con los recursos presupuestales necesarios para cumplir con el objeto del contrato.

Referencias

- Aponte Díaz, Ariana (2014). Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra, Revista Digital de Derecho Administrativo, No. 11, Universidad Externado de Colombia, 177-207.
- Escobar Enríquez, A. (2000). El Contrato Estatal de Obra, Bogotá, Ediciones Gustavo Ibáñez.
- Escobar Gil, R. (2001). Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, Legis, Bogotá.
- Cassagne, J.C. (2015). Fronteras, Tensiones e Interrelaciones con el contrato estatal de obra, Revista Derecho y Sociedad. No. 44, 15-21.
- Meléndez, J. (2005). Teoría de la Falta Gravísima y Juzgamiento Disciplinario de los Contratos Estatales en Colombia, Bogotá, Universidad Nacional.
- Mier Barros, P. (2004), El régimen jurídico del contrato estatal, Revista Derecho Público, No. 17 (59-75).
- Roa Salguero, D.A. y Ferrer Leal, H.E. (2009). La Falta Disciplinaria en la Contratación Estatal, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2000). Delitos de Celebración Indebida de Contratos. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Suárez Beltrán, G. (2014). Estudios de Derecho Contractual Público, Bogotá, Legis.
- Concepto No. 80112 EE1120, (2012, Febrero veinticuatro). Contraloría General de la República.
- Sentencia, (2002, junio diez y ocho). Sección Tercera, Magistrado Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández. Consejo de Estado.
- Sentencia – Concepto- 1439, (2002, julio diez y ocho), Sala de Consulta y Servicio Civil, Magistrada Ponente: Dra. Susana Montes de Echeverri. Consejo de Estado.

Sentencia 4028 (14577), (2003, mayo veintinueve), Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Consejo de Estado.

Expediente No. 25000-23-26-000-200301185-01(26702), (2007, Marzo ocho). Magistrado Ponente: Dr. Hernán Andrade. Sección Tercera, Consejo de Estado.

Radicado N° 25000-23-26-000-1994-09845-01 (14854), (2007, Agosto veintinueve), Magistrado Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez, Sección Tercera, Consejo de Estado.

Radicado No. 25000-23-26-000-1994-00404-01 (14823).Magistrada Ponente: Dra. Stella Conto Díaz Castillo, Sección Tercera. Consejo de Estado.

Radicado No. 73001-23-31-000-1999-00539-01 (22464), (2012, febrero primero). Magistrado Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sección Tercera, Consejo de Estado.

Radicado No.66001-23-31-000-1993-03387-01 (16371), (2012, Febrero veintinueve), Magistrado Ponente: Dr. Danilo Rojas Betancourth, Sección Tercera, Consejo de Estado.

Radicado No. 73001-23-31-000-1999-00536-01 (22.471). (2012, Marzo veintiocho). Magistrado Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sección Tercera, Subsección c. Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.

Radicado No. 21909 (2012, abril veinticinco). Magistrado Ponente: Dr. Enrique Gil Botero, Sección Tercera, Consejo de Estado.

Expediente No. 18.335 (2012, mayo veintitrés), Magistrado Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sección Tercera, Consejo de Estado.

Radicado No. 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990), (2012, Junio veintiocho). Magistrada Ponente: Dra. Ruth Stella Correa, Sección Tercera, Subsección B, Consejo de Estado.

Radicado No. 73001-23-31-000-1999-00539-01 (22464), (2013, Marzo siete). Magistrado Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez, Sección Tercera Consejo de Estado

Radicado No. 73001-23-31-000-1999-00539-01 (22464). (2013, Marzo siete). Magistrado Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado.