FORO CULTURA DE LA LEGALIDAD

ESTRUCTURA DE LA INTERVENCION.

INTRODUCCION GENERAL

- 1. En primer lugar es importante precisar que habida cuenta de las diversas materias de conocimiento de la sección tercera (juzgados tribunal), al igual que su competencia tanto a nivel territorial como nacional, se optó por analizar algunos aspectos relacionados con la "controversia contractual", por la sencilla razón que es común a las diferentes entidades públicas de orden central, descentralizado, tanto territorial como nacional.
- 2. En segundo lugar, se considera igualmente importante hacer unos comentarios respecto a un tema que no encaja propiamente ni en la controversia contractual, ni absolutamente en la reparación directa: "El enriquecimiento sin justa causa"; habida cuenta que este principio general de derecho, materializa: la protección del interés general el concepto de buena fe y la conducta de la administración y de los particulares.
- 3. En tercer lugar, es importante llamar la atención en este importante encuentro de la "cultura de la legalidad", sobre la "acción de repetición", dada su principal finalidad: "recuperar los dineros que las entidades públicas, han tenido que pagar por condenas o conciliaciones, a causa de una conducta culposa o dolosa de los servidores públicos".

PRIMERA PARTE

A. LA ETAPA PRECONTRACTUAL Y LAS CONDENAS A LAS ENTIDADES PÚBLICAS.

- 1. LA ELABORACION DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES COMO CAUSA DE RESPONSABILIDAD Y CONDENAS DE LA ENTIDAD PÚBLICA CONTRATANTE.
- 1.1. Cuál es la real importancia de los pliegos de condiciones?

- a). EL PLIEGO DE CONDICIONES, no solamente regula el procedimiento de selección del contratista, sino que igualmente regula la "estructura propia del contrato", de ahí su gran importancia por cuanto: es la "regla marco" que impone límites tanto en la etapa precontractual (constituye la dirección de la etapa precontractual); contractual (no puede el contenido del contrato incorporar cláusulas que contradigan el pliego de condiciones); postcontractual (no se pueden realizar modificaciones o adiciones de los contratos, desconociendo el pliego de condiciones, por cuanto implica desconocer el proceso administrativo adelantado y los principios que lo orientan).
- b). Constituye igualmente un parámetro interpretativo, para resolver las contradicciones con el propio contrato, en el sentido que prevalecen las reglas del pliego, aunque no se establezca de manera expresa.

1.2. Del contenido del pliego de condiciones: competencia administrativa – libertad de configuración.

- a). La competencia para definir en cada caso en concreto el " contenido del pliego de condiciones", radica en la propia administración; de alguna manera se puede hablar de una : Facultad Discrecional Administrativa, o de una libertad de configuración del pliego de condiciones". La ley no determina el contenido preciso y detallado de los pliegos de condiciones.
- b). Esa competencia de la administración para elaborar el contenido de los pliegos de condiciones, **conlleva igualmente un deber de diligencia y** de planeación; es su obligación establecer reglas claras, definir la propia necesidad de la contratación, realizar los estudios previos, su regulación jurídica, determinación y ponderación de los criterios de selección; la definición y asignación de riesgos previsibles; en fin, todas las circunstancias necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas (30-2; ley 80 de 1993,; decreto reglamentario 2474 de 2008-6).
- **1.3.** El ejercicio irregular, inadecuado, ilegal de esa competencia respecto al contenido del pliego de condiciones, **implica correlativamente una** "**responsabilidad de la administración contratante**". Existe un gran porcentaje de **condenas** contra las entidades públicas contratantes, fundadas precisamente en el no cumplimiento de sus propias cargas en materia de elaboración del contenido de los pliegos de condiciones; es decir, por:
 - a) La irregular o ilegal configuración de los pliegos de condiciones (por ejemplo: no comprender todos los estudios propios del deber de planeación; omitir el cumplimiento de requisitos obligatorios y previos al proceso, como licencias de construcción, ambientales, adquisición de predios, etc).
 - b) La existencia de cláusulas ambiguas, contradictorias, o confusas en los pliegos, **compromete la responsabilidad** de la entidad estatal contratante, por la sencilla razón que la administración tiene la "carga de claridad en la elaboración del contenido de los pliegos de condiciones".

1.4. Casos de Estudio

Expediente: 2013- 1153 Demandante: UNIÓN TEMPORAL VÍAS SUMAPAZ. Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBAN	Expediente: 2013 – 2026 Demandante: CONSORICO AVENIDA LOS COMUNEROS. Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO
Decisión administrativa	Circunstancia fáctica:
 La entidad estatal inicia un procedimiento de selección para ejecutar un contrato de obra, sin contar con los diseños definitivos. La entidad estatal, una vez adjudicado el contrato y perfeccionado, suspende la ejecución de la obra mientras se terminan los diseños definitivos. La ejecución del contrato inició 9 meses después de perfeccionado el contrato, dado el tiempo que se tardaron los diseños definitivos. 	 En los pliegos de condiciones frente a las Redes Matrices: "[] se determinó que las redes matrices afectadas por el proyecto se deben presentar de acuerdo con los requerimientos técnicos y alternativas de traslado de las tuberías []" Con fundamento en lo anterior, y dado la ambigüedad de los pliegos, la entidad estatal interpretó los pliegos estableciendo, que el contratista había incumplido sus obligaciones contractuales, relacionadas con la entrega de recomendaciones para el proceso constructivo, razón por la cual declaró la ocurrencia del sinjestro.
Finalidad del conflicto	Decisión jurisdiccional.
El demandante acude la jurisdicción por el presunto desequilibrio de la ecuación financiera del contrato, a consecuencia del tiempo que se tardó el inicio de la obra.	 La Sala determinó inicialmente, que la entidad realizó una inadecuada interpretación de los pliegos, por cuanto el contratista NO se obligó a entregar recomendaciones para el proceso

- 2. LA INDEBIDA CONSAGRACIÓN O INTERPRETACION DE LOS REQUISITOS HABILITANTES COMO CAUSA DE CONDENAS A LA ENTIDAD PÚBLICA CONTRATANTE PRIMACIA DE LO SUSTANCIAL SOBRE EL EXCESIVO FORMALISMO.
- 2.1. La finalidad del procedimiento administrativo contractual (en sus diferentes modalidades: licitación pública selección abreviada contratación directa concurso de méritos), radica en lograr: "la selección objetiva del contratista". Ese "Deber de selección objetiva", puede desnaturalizarse no solamente por: a). Violación al debido proceso (desconocimiento de las reglas del procedimiento contractual), sino igualmente por b). reglas e interpretaciones, que le hacen culto al excesivo formalismo, conllevando a que buenas propuestas sean rechazadas por esa causa; lo que impide "escoger la propuesta que resulta más ventajosa para la consecución de los fines estatales".
- **2.2.** Contra esa situación, reacciono en primer lugar esta jurisdicción contenciosa, lo que fundamento que el propio legislador consagrara a nivel normativo (Ley 1150 de 2007 5):
 - a). Una diferencia entre los factores de "escogencia", de las propuestas (requisitos habilitantes) y los factores propios de "calificación" o de "ponderación "de las mismas.
 - b). Como es de conocimiento, los requisitos habilitantes (capacidad jurídica las condiciones de experiencia capacidad financiera y de organización de los proponentes), **no otorgan puntaje** pero el incumplimiento de uno de ellos, **conlleva al rechazo de la propuesta**; lo que significa: Que la entidad administrativa, solamente puede y debe calificar las propuestas que hayan cumplido los requisitos habilitantes.
 - c). Es improcedente el rechazo de la propuesta por una circunstancia diferente a los requisitos habilitantes, y por tanto, la ausencia de cualquier otro aspecto, es susceptible de subsanación hasta antes de la adjudicación.
- 2.3. Lo anterior sencillamente para dejar el siguiente mensaje: A). En los pliegos de condiciones no deben incluirse como "criterios de calificación o de ponderación de las ofertas" aspectos de índole meramente formal, que en nada incide para escoger la mejor propuesta; además que desvirtúan que la oferta de mayor puntaje sea la más favorable. B). De igual manera los requisitos Habilitantes, como no otorgan puntaje, no es legal regularlos como "criterios de ponderación" de las ofertas en los correspondientes pliegos (salvo algunos casos expresamente consagrados en la Ley 1150 de 2007, concurso de méritos).

2.4. CASOS DE ESTUDIO.

Proceso No.: 2013- 1153 Demandante: COLSEIN S.A. Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE -SENA - SICRON S.A.S.

Circunstancia fáctica:

La entidad estatal en los pliegos de condiciones estableció que los proponentes les correspondía indicar el porcentaje de entrega de los productos

Decisión administrativa.

- El demandante presentó su oferta y en el formulario omitió colocar el porcentaje de entrega de los productos.
- La entidad estatal inicialmente determinó, que el demandante cumplió con los requisitos habilitantes.
- En la audiencia de adjudicación, ante la observación de un proponente, la entidad estatal rechazó la propuesta del demandante por cuanto no había establecido en el formulario el porcentaje de entrega de los productos.
- La decisión de la administración se fundamentó, en que el porcentaje de los productos era un requisito habilitante.

Decisión jurisdiccional.

- La Sala determinó, que la indicación del porcentaje de entrega de los productos no era un requisito habilitante.
- De conformidad con las cláusulas del contrato, el porcentaje de entrega de los productos guardaban relación con la forma de pago.

En ese sentido se indicó, que una recta interpretación de los pliegos, conlleva a sostener, que los proponentes, **ni siquiera estaban obligados a subsanar este requisito**, habida cuenta, que fue la misma entidad quien determinó los porcentajes de entrega

3. INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES COMO CAUSA DE CONDENA A LA ENTIDAD CONTRATANTE.

- 3.1. La regla general en materia del cumplimiento de las obligaciones contractuales; Con fundamento en la "autonomía de la voluntad de los contratantes", radica en que los contratos deben ejecutarse de conformidad con lo pactado; si alguna parte incumple debe responder por los perjuicios causados (responsabilidad culposa), salvo que justifique ese incumplimiento (fuerza mayor caso fortuito hecho de un tercero, entre otros).
- **3.2.** Con base en un criterio " de igualdad del contrato estatal", se consagra la " ecuación contractual", con la finalidad de : "mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar", no solamente cuando se modifica para el contratista, sino igualmente cuando es la administración la que resulta perjudicada (actualización o revisión de precios).
- 3.3. La ecuación económica financiera del contrato puede verse afectada, por las siguientes causas fundamentales: (Por causas imputables a la administración pública, como sujeto contractual; cuando no cumple en la forma debida sus obligaciones contractuales Por causas imputables al Estado y cuyos efectos inciden en el contrato estatal; que comúnmente se conoce como la teoría del "Hecho del Príncipe" Por causas no imputables a la entidad contratante, que son externas al contrato, pero que alteran la economía del mismo; comúnmente conocida como la teoría de la "imprevisión").

3.4. CASOS DE ESTUDIO.

Proceso No.: 2013- 0382 Demandante: CONSORCIO ANTRI - MOA Demandado: DISTRITO CAPITAL - SECRETARIA DISTRITAL DE MOVILIDAD	Proceso No.: 2013- 2201 Demandante: Consorcio PAVIMENTOS LOCALES 2005 Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO
En este caso, el presunto desequilibrio de la ecuación financiera del contrato se fundamentó en que la entidad estatal se tardó 10 meses en la suscripción del acta del inicio de la obra, aspecto que en criterio del demandante desequilibró la ecuación financiera del contrato por el aumento de los costos de obra por el aumento de sus valores.	En este caso, el presunto desequilibrio de la ecuación financiera del contrato se fundamentó en: a. Que la entidad estatal se tardó 10 meses en la suscripción del acta del inicio b. Problemas de diseños: falta, modificación y entrega tardía de diseños. c. Problemas por la entrega oportuna de predios. d. Tardanza en los pagos al contratista. e. Falta de interventoría.

- 4. Nulidad absoluta sobreviniente del contrato de explotación minera.
- **4.1.** Se trata de un conflicto jurídico, que involucra entidades estatales de diferente nivel territorial (CAR- ANI), pero necesariamente les asiste la responsabilidad de preservar los recursos naturales, de conformidad con los tratados internacionales suscritos por Colombia (Pacto Rio del medio ambiente del 14 de junio de 1992)
- **4.2.** Jurisprudencialmente se ha sostenido, que en el contrato de **explotación minera se configura objeto ilícito por desconocimiento del ordenamiento jurídico**, cuando el área se superponen con:
 - a. La declaratoria de Reserva Forestal Protectora.
 - b. La declaratoria de Distrito de Manejo Integrado, que no cuente con: el Plan Integral de Manejo o el Plan de Actividades para el corto plazo.
 - c. Un Zona de páramo (H Corte Constitucional sentencia C-035/16 del 8 de febrero de 2016)
- **4.3.** De conformidad con el bloque de constitucionalidad, que consagra el principio de precaución, **en los contratos de explotación minera no opera la figura jurídica de los derechos adquiridos**,
- **4.4.** No obstante el actual estado de cosas jurisprudenciales, las entidades estales persisten en acudir a la jurisdicción, cuando es un asunto que puede ser resulto en sede administrativa.

SEGUNDA PARTE

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y EL CONTRATO ESTATAL. (SENTENCIA DE UNIFICACION NOVIEMBRE 19 DE 2012).

- 1.1. De manera general se pueden rescatar los siguientes elementos para la configuración del denominado principio de enriquecimietno sin causa:
 - a). Elementos materiales (la demostración de un enriquecimiento de un patrimonio el empobrecimiento de otro y un nexo común o de causalidad).
 - b). Elementos jurídicos (la ausencia de causa jurídica y la inexistencia de acción para reclamar). El enriquecimiento sin causa es de naturaleza residual (solo se presenta cuando ninguna de las fuentes de las obligaciones, explica la situación); de igual manera, este principio es " autónomo" como fuente de obligaciones.
- **1.2.** En materia de lo administrativo, el enriquecimiento sin causa, siempre esta relacionado con la "actividad contractual", habida cuenta que en el contrato estatal no prima un consensualismo (que rige en el derecho privado), sino la existencia de **formas sustanciales**, que materializan los principios de selección del contratista y tienen como finalidad, la protección del interés público.
 - La cuestión que genera este principio se concreta en: a). Por una parte, evitar el desconocimiento de normas de orden público, que regulan los procedimientos administrativos contractuales; b). Por la otra, evitar la pérdida económica del contratista que colabora con la administración.
- 1.3. Antes de la sentencia de unificación, se pueden rescatar tres etapas en el manejo del enriquecimiento sin causa: a). Una etapa donde se imponía toda la carga a la administración sobre el respeto de los procedimientos legales en materia contractual; de igual manera se aceptaba de manera general el principio de buen fe del contratista, cuando realizaba actividades por fuera del propio contrato, como complemento de esa actividad contractual; no se valoraba ni su comportamiento, ni su culpa. b). Una segunda etapa, (2006) que se caracteriza por la sanción al desconocimiento deliberado de las normas de contratación por parte del contratista; es decir: se califica la conducta culposa del contratista empobrecido. c). La tercera etapa, regresa a los inicios, en el sentido de aceptar que es la administración y no al particular contratista, el garante de la legalidad; por consiguiente procede esta acción para cubrir al contratista empobrecido.

La sentencia de unificación, se fundamenta en: a) Consagrar una regla general, consistente en que el indicado principio: "no puede aplicarse ante el desconocimiento de las reglas sustanciales contractuales. b). Aceptar unas excepciones: imposición de la administración al contratista para ejecutar obras por fuera de la relación contractual – cuando es urgente y necesario adquirir bienes o servicios, con el fin de evitar una amenaza al derecho a la salud – en casos de urgencia manifiesta, cuando la adminsitración omite esa declaración y solicitas la ejecución de obras, o prestación de servicios, sin contrato escrito.

1.4. En la actualidad, se observa UNAS PRACTICAS QUE ATENTAN O DESCONOCEN LA CULTURA DE LA LEGALIDAD: a) En un primer momento la entidad contratante, PERMITE la ejecución de obras o la prestación de servicios por fuera de la relación contractual, b). En un segundo momento, a efecto de "pagar" esas prestaciones, acuden de manera conjunta al mecanismo alterno de la conciliación prejudicial; c). Ante la improbación de la misma, y al contestar la demanda, acude como mecanismo de defensa a la propia sentencia de unificación, con la finalidad de que se nieguen las pretensiones del contratista

2. CASOS DE ESTUDIO.

Proceso No.: 2013 – 0286. Demandante: JOSE MANUEL MUÑOZ RODRIGUEZ.	F
Demandado: MUNICIPIO DE SAN FRANCISCO - CUNDINAMARCA-	

Proceso No: 2013-043. Demandante: RAFAEL ANTONIO SALAMANCA. Demandado: CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM-

En este caso, el municipio en una situación de ola invernal del año 2011, solicitó los servicios de suministro de material de construcción para adecuar las vías de acceso; así como también para rehabilitar un tramo de la vía que había sufrido una caída de la bancada. Dentro del plenario estaba demostrado, que el particular prestó el servicio y que el mismo se utilizó para superar la ola invernal; sin embargo, con el cambio de administración el municipio no realizó el pago. Se precisa, que en este evento se condenó al municipio al pago del servicio prestado por el particular.

Aquí el enriquecimiento se presentó, por cuanto el demandante a través de su establecimiento de comercio suministro medicamentos de orden vital a favor de Caprecom, y aun cuando se encontraba demostrada la prestación del servicio, la entidad no cancelaba los dineros señalando que no mediaba contrato alguno.

TERCERA PARTE

LA ACCION DE REPETICION

- 1. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN. tiene como finalidad, que la administración recupere los dineros que ha pagado a consecuencia de las respectivas condenas impuestas, o de las conciliaciones que ha aceptado, cuando se demuestre que el daño antijurídico obedece o tiene como causa una conducta dolosa, o gravemente culposa de sus servidores públicos.
- 2. Esta herramienta procesal, no está cumpliendo su finalidad, toda vez, que más del 90 por ciento de los procesos iniciados por la Entidades estatales ha terminado con sentencias desfavorables, en el sentido de negarse las pretensiones de la demanda.
- 3. El interrogante que surge es: ¿por qué no prosperan las demandas de repetición? La actividad judicial nos permite dar respuesta a este cuestionamiento en los siguientes términos:
- a. Caducidad de la acción: El primer factor está referido con la configuración del fenómeno jurídico de la caducidad de la acción, por cuanto, a pesar de estar zanjado el tema relacionado con la oportunidad procesal, el órgano judicial ha tenido que rechazar demandas por no presentarse dentro de los términos establecidos por el legislador.
- b. **Incumplimiento de la Carga Procesal Probatoria:** se mantiene una inadecuada defensa judicial, por cuanto las entidades estatales, para probar el elemento subjetivo –dolo o culpa grave del agente- persiste en allegar a la actuación, solamente la copia de la sentencia y el pago de la condena, medios de prueba, que *per se* no implica la prueba del elemento subjetivo.
- c. **Inadecuada defensa técnica**: Se ha sostenido, que no ejercer el recurso de apelación contra la sentencia de condena en contra del Estado, surte efectos en la acción de repetición, por cuanto no es de recibo que la entidad no actúe oportunamente dentro de un proceso judicial, incumpliendo sus cargas procesales y posteriormente pretenda imputar la responsabilidad de manera exclusiva al funcionario nominador.

4. CASO DE ESTUDIO

Proceso: 2014- 0087 Demandante: HOSPITAL CENTRO ORIENTE II NIVEL E.S.E. Demandado: ARIEL EMILIO CORTES MARTÍNEZ

Circunstancias fácticas

- La entidad estatal demandante, expidió un acto administrativo en virtud del cual, desvinculó del servicio a varios funcionarios del Hospital.
- Ese acto administrativo fue objeto de dos demandas de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia fue condenada la entidad estatal en ambos procesos.
- Frente esa decisión, la entidad <u>solamente</u> ejerció el recurso de apelación, en uno de los procesos, y el superior revocó la sentencia de primera instancia, es decir, en el proceso que no se presentó recurso, la sentencia hizo transito cosa juzgada condenando a la entidad Estatal.
- Con fundamento en esa sentencia de condena la entidad estatal ejerce la acción de repetición.

Decisión Jurisdiccional

La Sala negó las pretensiones de la demanda, por cuanto la condena del Estado en este caso particular se materializó precisamente por la falta de una inadecuada defensa técnica, por cuanto, se le impidió al órgano judicial estudiar la sentencia de primera instancia, circunstancia que era relevante para determinar la imputabilidad del agente, por cuanto, recuérdese se trataba del mismo acto administrativo.

CONCLUSIONES

Un adecuado manejo de los principios y reglas de la contratación, son suficientes para a). Dar un nuevo mensaje a la sociedad colombiana, en el sentido que el contrato estatal cumpla con su propia finalidad: realización de los cometidos estatales; y b). Desterrar la cultura del incumplimiento y el desangre presupuestal.