



## **ANÁLISIS DE FALLOS CONTRA EL ESTADO E IDENTIFICACIÓN DE ERRORES Y DEBILIDADES EN MATERIA CONTRACTUAL**

Una revisión general de la tasa de éxito de la Nación permite ver que esta ha mejorado sustancialmente en los últimos años. De un 26,4%, en el año 2016, a un 49,3%, en el 2021<sup>1</sup>. La mejora en la tasa de éxito se debe, en parte, a la labor realizada por la Agencia en conjunto con las entidades públicas. Sin embargo, sabemos en qué nos condenan, pero no tenemos claro el porqué.

Con el fin de identificar las razones por las que se condena a la Nación, este documento presenta la identificación de las fallas en que incurren las entidades públicas y que generaron una condena judicial en las demandas del medio de control de controversias contractuales.

Este documento es un insumo para la expedición de un lineamiento sobre la materia el cual servirá para prevenir la ocurrencia de nuevos hechos que puedan dar origen a demandas en contra de la Nación y, por lo tanto, a eventuales condenas.

El estudio se compone de cuatro secciones. La primera presenta los objetivos. La segunda evidencia la metodología utilizada. La tercera contiene los resultados. Por último, la cuarta sección presenta las conclusiones.

### **1. OBJETIVOS**

- a. Identificar las razones que generaron las condenas en contra de la Nación en las sentencias que resuelven controversias contractuales.
- b. Fijar recomendaciones que permitan prevenir la ocurrencia de los hechos generadores de condena.
- c. Establecer el insumo para la expedición del lineamiento sobre las falencias de las entidades en materia contractual.

### **2. METODOLOGÍA**

Para la realización del análisis, fueron revisadas 127 sentencias proferidas por el Consejo de Estado entre los años 2016 y 2019, que resolvieron demandas del medio de control de controversias contractuales.

Del total de sentencias, el 62% de los fallos fue favorable para el Estado y el 38% restante tuvo un resultado desfavorable. Las sentencias condenatorias fueron analizadas con el fin de establecer cuál fue el error o situación que originó la condena

---

<sup>1</sup> Fuente: Informe de litigiosidad a 31 de marzo de 2021. Visto en: [https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informes\\_litigiosidad\\_2021/210426\\_informe\\_litigiosidad\\_corte\\_31\\_marzo.pdf](https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informes_litigiosidad_2021/210426_informe_litigiosidad_corte_31_marzo.pdf)



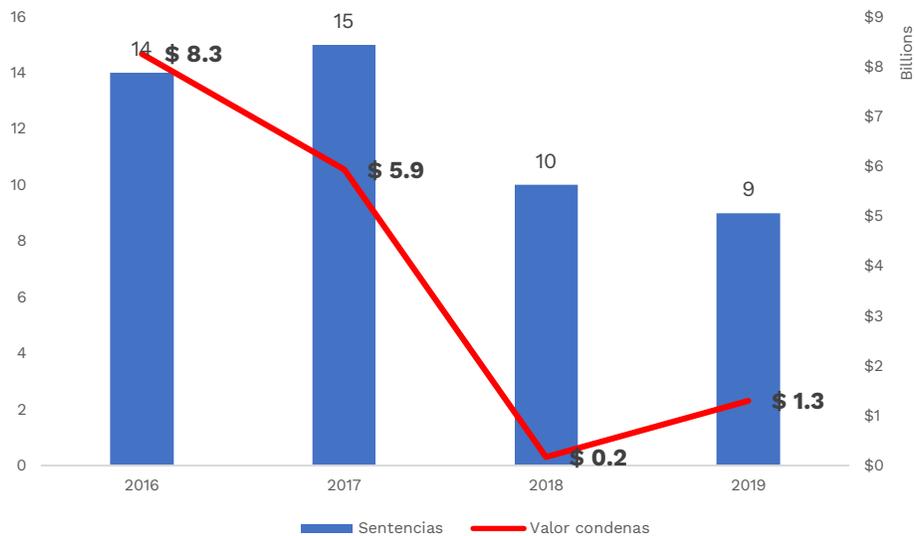
en contra de la Nación. Adicionalmente, se extrajo el valor por el que fue condenado el Estado.

Los errores cometidos por las entidades públicas fueron agrupados en las siguientes categorías para facilitar su comprensión: i) relacionados con la imposición de una sanción; ii) etapa precontractual; iii) no realización oportuna de los pagos; iv) violación al debido proceso; v) no liquidación del contrato; y vi) terminación extemporánea del contrato.

### 3. RESULTADOS

El 38% de las sentencias con fallo desfavorable, entre los años 2016 y 2019, corresponde a 48 procesos cuyas condenas ascendieron a 15,6 mil millones de pesos, aproximadamente<sup>2</sup>. La siguiente gráfica presenta el número de sentencias condenatorias por año y el valor de las condenas.

Gráfica 1. Sentencias condenatorias en controversias contractuales por año y valor de las condenas

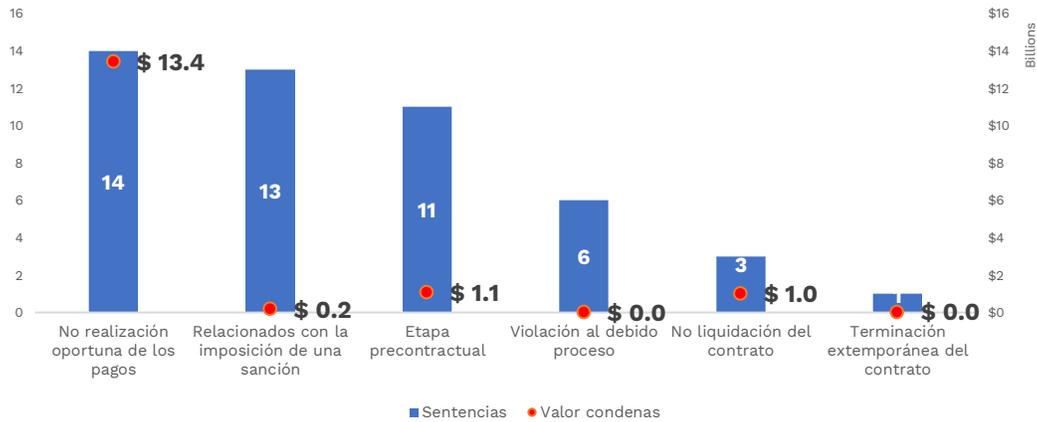


Fuente: Sentencias del Consejo de Estado. Cálculos propios. Cifras en miles de millones de pesos.  
Valores en pesos constantes de 2021

La siguiente gráfica presenta la información del número de procesos y el valor de las condenas a partir de los errores que se identificaron en las sentencias:

<sup>2</sup> Fuente: Sentencias del Consejo de Estado. Cálculos propios. Valores en pesos constantes de 2021

Gráfica 2. Errores cometidos por las entidades en las sentencias con fallo desfavorable. Número de sentencias y valor de las condenas

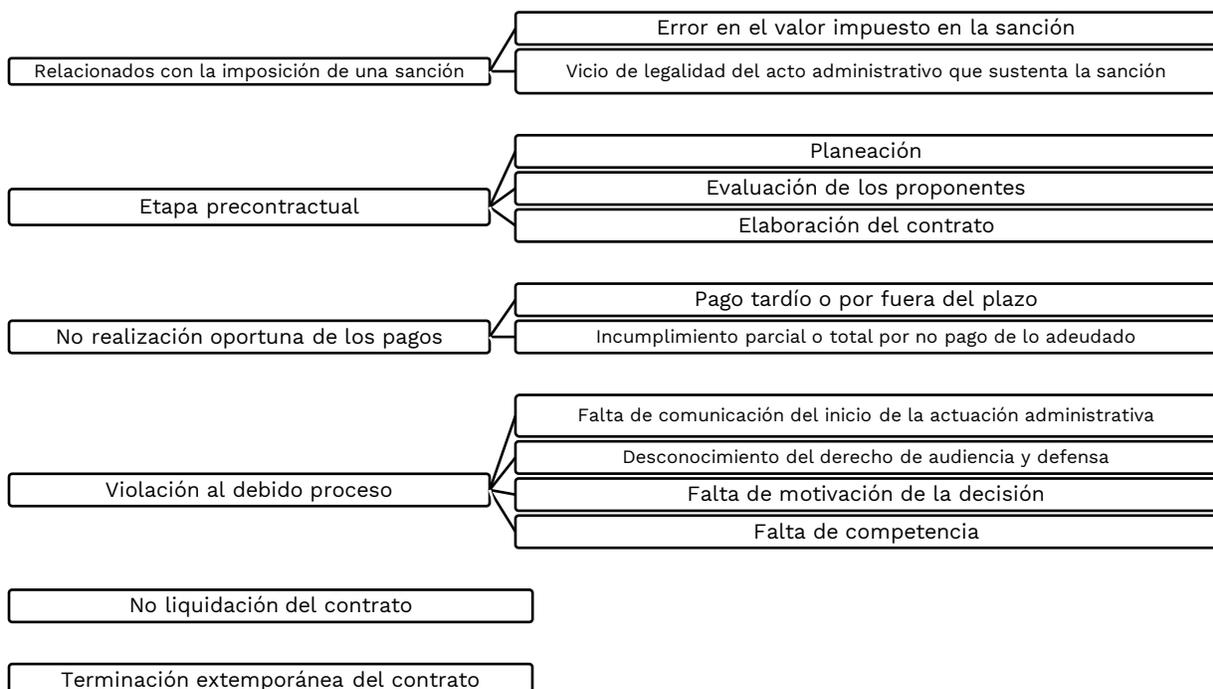


Fuente: Sentencias del Consejo de Estado. Cálculos propios. Cifras en miles de millones de pesos. Valores en pesos constantes de 2021

Los apartes 3.1 a 3.6 presentan, por categoría, los errores identificados en cada una de las sentencias analizadas y se presentan algunos aspectos para tener en cuenta, con el fin de prevenir la ocurrencia de dichos errores. Las categorías se presentan de acuerdo con el número de sentencias en las que se identificó, es decir, siguiendo el mismo orden de la gráfica 2.

El siguiente mapa conceptual resume la clasificación de los errores en los que incurren las entidades.

Mapa conceptual 1. Clasificación de los errores identificados en las sentencias con fallo desfavorable en controversias contractuales





### 3.1 Errores por la no realización oportuna de los pagos

En catorce sentencias condenatorias se identificaron falencias en el cumplimiento de los pagos asociados al contrato. Esta categoría se encuentra dividida en dos subcategorías: **i)** pago tardío o por fuera del plazo; **ii)** incumplimiento parcial o total por no pago de lo adeudado.

#### 3.1.1 Pago tardío o por fuera del plazo

En esta subcategoría se encuentran cinco sentencias en las que se efectuó el pago de las cuentas de cobro de manera tardía, esto es, por fuera del plazo establecido<sup>3</sup>. Es importante aclarar que este error puede darse de dos maneras: i) porque se incumplió el plazo establecido en el contrato para el pago; o ii) porque no se fijó plazo en el contrato, pero el pago se hizo fuera del tiempo establecido por la jurisprudencia.

El Consejo de Estado ha señalado que cuando no se fija ningún término para la cancelación de las cuentas “el plazo máximo para el efecto es el del mes siguiente a la presentación de la cuenta”<sup>4</sup>. Este plazo se sustenta en la aplicación del artículo 885 del Código de Comercio, el cual señala que “todo comerciante podrá exigir intereses legales comerciales de los suministros o ventas que haga al fiado, sin estipulación del plazo para el pago, un mes después de pasada la cuenta”. La norma permite así establecer el momento a partir del cual la administración incurre en mora. En palabras del Consejo de Estado, “la jurisprudencia ha considerado en ese punto, con base en la ley, la existencia de un plazo de gracia (...) en aquellos casos en los cuales no se haya estipulado plazo para el pago”<sup>5</sup>.

#### 3.1.2 Incumplimiento parcial o total por no pago de lo adeudado

En esta subcategoría se encuentran nueve sentencias en las que se no se realizaron uno o varios pagos del contrato. El incumplimiento por parte de la entidad puede obedecer a diferentes factores. Sin embargo, así como el contratista está en la obligación de cumplir con los compromisos acordados, la entidad contratante está en la obligación de cumplir con los pagos por el total acordado en el contrato<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 8 de mayo de 2019, Rad. 47001-23-31-000-1998-00875-01 (40524), M.P. Efraim Alberto Montaña Plata, Consejo de Estado, SC3, sentencia del 30 de mayo de 2019, Rad. 25000-23-26-000-2005-00906-01(36338), M.P. Efraim Alberto Montaña Plata, Consejo de Estado, SC3, sentencia del 2 de marzo de 2017, Rad. 25000-23-26-000-2002-02244-01(30776), M.P. Danilo Alfonso Rojas Betancourth, Consejo de Estado, SC3, sentencia del 30 de mayo de 2018, Rad. 15001-23-31-000-1994-14483-01(38313), M.P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero y Consejo de Estado, SC3, sentencia del 12 de octubre de 2016, Rad. 68001-23-3-000-1997-12858-01(35623), M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera

<sup>4</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 30 de mayo de 2018, Rad. 15001-23-31-000-1994-14483-01(38313), M.P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero

<sup>5</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 22 de abril de 2004, exp. 14292, M.P. María Elena Giraldo Gómez

<sup>6</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 2 de mayo de 2017, Rad. 25000-23-26-000-2005-00848-01(38508), M.P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, Consejo de Estado, SC3, sentencia del 19 de octubre de 2017, Rad. 25000-23-26-000-2009-00050-01(41684), M.P. Danilo Alfonso Rojas Betancourth, Consejo de Estado, SC3, sentencia del 19 de junio de 2019, Rad. 25000-23-26-000-2000-02567-02(41972), M.P. Efraim Alberto Montaña Plata, Consejo de Estado, SC3, sentencia del 18 de mayo de 2017, Rad. 76001-23-31-000-2012-00186-01(57177), M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Consejo de Estado, SC3, sentencia del 22 de febrero de 2016, Rad. 25000-23-26-000-1997-15349-01(24165), M.P. Danilo Alfonso Rojas Betancourth, Consejo de Estado, SC3, sentencia del 1 de agosto de 2016, Rad. 25000-23-26-000-2002-02382-



En un caso analizado, dentro de esta subcategoría, el Consejo de Estado precisó: “De otra parte, teniendo en cuenta que [la entidad] se obligó a cancelar el precio de los bienes compravendidos y que (...) incumplió la prestación a su cargo y en consecuencia se encuentra obligado a cumplirla en los términos en los que se obligó”<sup>7</sup>.

### **3.1.3 A partir de los errores identificados en esta categoría, es posible realizar algunas consideraciones dirigidas a prevenir la ocurrencia de estos hechos:**

- i) La entidad puede establecer, de común acuerdo con el contratista, un plazo para el pago de las cuentas de cobro. En caso de no hacerlo, el plazo para el pago será de un mes después de presentada la cuenta de cobro, acorde con lo establecido por la jurisprudencia.
- ii) Cuando el plazo sea pactado por las partes el tiempo no deberá ser inferior al mes otorgado por la jurisprudencia. Esto teniendo en cuenta que la entidad debe realizar diferentes procedimientos internos para poder cumplir con el pago.
- iii) Tan pronto se reciba la cuenta de cobro, la entidad debe dar prioridad a su revisión y trámite. El pago de las cuentas de cobro genera intereses moratorios a cargo de la entidad.
- iv) Para la realización de los pagos, las entidades deben observar lo convenido en el contrato, en particular, en lo referente a anticipos, fórmulas para el cálculo de comisiones, sobrecupos, reajustes, entre otros. Es importante precisar que las entidades no están facultadas para modificar unilateralmente estos aspectos ni exigir requisitos adicionales a los pactados, durante la ejecución del contrato.
- v) Los descuentos por IVA solo son aplicables a los contratos sometidos a este gravamen. El error en el descuento de impuestos es responsabilidad de la entidad y debe realizar el pago al contratista por la totalidad del valor pactado en el contrato.

## **3.2 Errores relacionados con la imposición de una sanción**

En trece sentencias condenatorias se identificaron falencias cometidas por las entidades en la imposición de la sanción. Esta categoría se encuentra dividida en dos subcategorías, las cuales permiten entender con mayor precisión la falla en la que incurrieron las entidades: i) error en el valor impuesto en la sanción; y ii) vicio de legalidad del acto administrativo que sustenta la sanción.

### **3.2.1 Error en el valor impuesto en la sanción**

---

01(36359), M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo, Consejo de Estado, SC3, sentencia del 31 de mayo de 2016, Rad. 25000-23-26-000-2003-00412-01(30727), M.P. Danilo Alfonso Rojas Betancourth, Consejo de Estado, SC3, sentencia del 1 de agosto de 2016, Rad. 25000-23-26-000-2003-01548-01(34562), M.P. Danilo Alfonso Rojas Betancourth y Consejo de Estado, SC3, sentencia del 21 de septiembre de 2016, Rad. 73001-23-00-003-1999-01046-01(51341), M.P. Marta Nubia Velásquez Rico

<sup>7</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 18 de mayo de 2017, Rad. 76001-23-31-000-2012-00186-01(57177), M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa



En esta subcategoría se encuentran cuatro sentencias en las que el error se cometió en el valor fijado en el acto administrativo que impuso la sanción.

A continuación, los errores identificados:

- a) Realizar un doble cobro porque la sanción incluyó unos perjuicios que ya habían sido cubiertos por la garantía única del contrato<sup>8</sup>. Al respecto el Consejo de Estado precisó que una vez cubiertos con la póliza los perjuicios derivados del incumplimiento “mal podía la entidad cobrar nuevamente la reparación del daño derivado de tales inobservancias de la contratista, cuando dichas contingencias, configurativas de incumplimiento contractual, ya estaban amparadas con la garantía única que el mismo ente estatal ordenó ejecutar. Un doble cobro de esos rubros, naturalmente, comporta un abuso del derecho que está proscrito en la Constitución Política y en el ordenamiento jurídico, además de contrariar los principios de equidad y buena fe”<sup>9</sup>.
- b) No respetar los límites establecidos por la ley para el cálculo de los perjuicios o utilizar una norma distinta a la que debía aplicarse para su cálculo<sup>10</sup>. Al respecto el Consejo de Estado indicó que “para el monto de la sanción (...) debió consultar el Acuerdo (...), que para entonces se encontraba vigente (...), por lo que para efectos del valor de la sanción debió considerarse la norma reglamentaria. si bien la entidad demandada tenía competencia para sancionar al concesionario, la multa no podía exceder del 5 % del valor del contrato debidamente actualizada”<sup>11</sup>.
- c) Hacer efectiva la póliza por el valor total del contrato en situaciones en las que el incumplimiento del contratista fue parcial<sup>12</sup>. Para este caso, el Consejo de Estado señaló “le asiste razón a la demandante al argumentar que [la entidad] debió reducir el cobro de la cláusula penal en razón al incumplimiento parcial que realizó el contratista de los pagos y obligaciones contractuales”<sup>13</sup>.

### 3.2.2 Vicio de legalidad del acto administrativo que sustenta la sanción

En esta subcategoría se encuentran nueve sentencias en las que los actos administrativos que sustentan la sanción presentan algún vicio de legalidad.

A continuación, los errores identificados:

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 11 de abril de 2019, Rad. 25000-23-26-000-2002-01217-01(36128), M.P. María Adriana Marín

<sup>9</sup> Ibidem

<sup>10</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 02 de agosto de 2018, Rad. 25000-23-26-000-2012-00490-01(57122), M.P. Marta Nubia Velásquez Rico y Consejo de Estado, SC3, sentencia del 30 de agosto de 2018, Rad. 05001-23-31-000-2005-03394-01(40606), M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo

<sup>11</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 30 de agosto de 2018, Rad. 05001-23-31-000-2005-03394-01(40606), M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo

<sup>12</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 6 de julio de 2017, Rad. 76001-23-31-000-2001-02637-02(36199), M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera

<sup>13</sup> Ibidem



- a) Imponer sanciones sin que la entidad contratante tuviera las facultades legales para hacerlo<sup>14</sup>. Al respecto el Consejo de Estado precisó que “en vigencia de la Ley 80 de 1993 era posible pactar cláusulas relacionadas con multas; no obstante, en modo alguno el pacto llevaba a la asignación de facultad a la entidad para hacerlas efectivas directamente, toda vez que era preciso acudir al juez del contrato”<sup>15</sup>.
- b) Fijar multas al contratista con una finalidad distinta a la que estas tienen<sup>16</sup>. Para el Consejo de Estado este comportamiento atenta “contra la buena fe y la lealtad contractual que deben observar las partes en la ejecución de los negocios jurídicos y que les impone actuar en forma coherente con los comportamientos previos asumidos por las partes, puesto que si bien es cierto, como se dejó analizado, el contratista estaba incurso en atrasos, esta no era una circunstancia puntual y extraña al universo de la ejecución contractual, sino que fue la nota predominante a lo largo de todo el desarrollo del contrato, sin que la entidad hubiera tomado oportunamente las medidas correctivas que su clausulado le permitía (...) Pero sí procedió (...), 9 días antes de declarar la caducidad, a imponer la multa por el atraso en unas labores que hacían parte de un subcontrato que se hallaba aún vigente y en plena ejecución”<sup>17</sup>.
- c) Declarar el incumplimiento o la caducidad del contrato cuando ya había sido superado el tiempo para hacerlo<sup>18</sup>. Al respecto el Consejo de Estado precisó que “no queda duda alguna en relación con la extemporaneidad del acto administrativo de caducidad del contrato y por lo tanto del vicio de falta de competencia temporal que lo afecta, lo cual conduce indefectiblemente a (...) su nulidad”<sup>19</sup>.

### **3.2.3 A partir de los errores identificados en esta categoría, es posible realizar algunas consideraciones dirigidas a prevenir la ocurrencia de estos hechos:**

- i) No es posible realizar dos cobros por el mismo hecho. Por lo tanto, las entidades deben verificar que las sanciones impuestas a los contratistas no fueron cobradas previamente en otra sanción o cuando se hizo efectiva la póliza del contrato.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 4 de marzo de 2019, Rad. 25000-23-26-000-2006-01394-01(41436), M.P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, Consejo de Estado, SC3, sentencia del 3 de agosto de 2017, Rad. 15001-23-31-000-1996-16048-01(37934), M.P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, Consejo de Estado, SC3, sentencia del 12 de octubre de 2017, Rad. 25000-23-26-000-2000-00079-02(37322), M.P. Danilo Alfonso Rojas Betancourth, Consejo de Estado, SC3, sentencia del 42436, Rad. 25000-23-26-000-2003-00277-01(39223), M.P. Olga Mélida Valle De De La Hoz, Consejo de Estado, SC3, sentencia del 42529, Rad. 25000-23-26-000-2007-10170-01(39665), M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Consejo de Estado, SC3, sentencia del 42592, Rad. 70001-23-31-000-1996-05734-01(49864), M.P. Marta Nubia Velásquez Rico

<sup>15</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 4 de marzo de 2019, Rad. 25000-23-26-000-2006-01394-01(41436), M.P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero

<sup>16</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 14 de septiembre de 2017, Rad. 25000-23-26-000-1987-03959-02(27391), M.P. Danilo Alfonso Rojas Betancourth

<sup>17</sup> Ibidem

<sup>18</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 14 de septiembre de 2017, Rad. 27001-23-31-000-2003-00818-01(42105)B, M.P. Danilo Alfonso Rojas Betancourth y Consejo de Estado, SC3, sentencia del 30 de agosto de 2017, Rad. 76001-23-31-000-2006-03666-02(37742), M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera

<sup>19</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 14 de septiembre de 2017, Rad. 27001-23-31-000-2003-00818-01(42105)B, M.P. Danilo Alfonso Rojas Betancourth



- ii) El cálculo de perjuicios debe respetar los límites establecidos en la ley. Además, es recomendable que la entidad incluya dichos límites en el contrato con el fin de contar con la información precisa y clara.
- iii) Para hacer efectiva la póliza por incumplimiento del contratista debe tenerse en cuenta el porcentaje del contrato cubierto por la póliza y el porcentaje del incumplimiento en el que incurrió el contratista. En caso de que el contratista incumpla parcialmente, la póliza solo podrá hacerse efectiva por el porcentaje que correspondió al incumplimiento y no por el valor total cubierto.
- iv) La entidad debe observar cuidadosamente cuál es la norma que rige el contrato por cuanto la facultad para imponer y hacer efectivas las sanciones ha cambiado a través del tiempo.
- v) Es necesario recordar que la Ley 80 de 1993 suprimió la competencia de las entidades para imponer unilateralmente multas a los contratistas en caso de mora o incumplimiento parcial, sin que tuvieran que acudir al juez. En vigencia de la Ley 80 era posible pactar cláusulas relacionadas con multas, pero para su imposición se requería acudir a la jurisdicción. La imposición directa de la multa ocasiona la nulidad del acto administrativo.
- vi) Las entidades están en la obligación de actuar con buena fe y lealtad contractual. Por lo tanto, los actos administrativos que expiden deben gozar de una adecuada fundamentación y deben responder a las finalidades que la ley ha impuesto a cada figura jurídica. Para el caso de la multa esta busca el cumplimiento de las obligaciones del contratista, cuando este incurre en incumplimientos parciales.
- vii) La oportunidad para declarar la caducidad del contrato se limita a la vigencia de este y, por lo tanto, no puede ser declarada cuando el plazo de ejecución ha finalizado.

### **3.3 Errores en la etapa precontractual**

En once sentencias condenatorias se identificaron falencias relacionadas con actos previos a la suscripción del contrato estatal. Esta categoría se encuentra dividida en tres subcategorías: i) planeación; ii) evaluación de los proponentes; y iii) elaboración del contrato.

#### **3.3.1 Planeación**

En esta subcategoría se encuentran cinco sentencias en las que se evidenció un error en la planeación que debió realizar la entidad antes de la suscripción del contrato.

A continuación, los errores identificados:



- a) Entregar al contratista información necesaria para la ejecución del contrato de un lugar distinto al que finalmente se eligió para la realización de la obra<sup>20</sup>. En una de las oportunidades examinadas para la elaboración de este estudio, el Consejo de Estado señaló sobre el punto que “al haberse configurado un incumplimiento contractual imputable a [la entidad], en relación con su obligación de suministrar los estudios de suelos adecuados que mostraran la información real y fidedigna sobre el perfil (...) del terreno sobre el cual se construiría la obra contratada, (...) así como el nexo de causalidad entre el incumplimiento de la entidad en su obligación de entregar estudios de suelos adecuados y la ejecución de las obras cuyo pago se pretende, se reúnen los elementos de la responsabilidad contractual y así será declarado”<sup>21</sup>.
- b) Adelantar procesos de contratación sin contar con los recursos necesarios que permitan la efectiva realización y culminación del contrato<sup>22</sup>.
- c) Adelantar procesos de contratación sin dar cumplimiento a los procedimientos establecidos en la normatividad contractual<sup>23</sup>. En efecto, “la nulidad del acto de adjudicación y del contrato de promesa de compraventa que se declarará en esta providencia obedece, entre otras causas, a que en el procedimiento de contratación no se dio oportunidad para la libre concurrencia de oferentes, por la omisión de la publicación del precio base de la subasta en un diario de amplia circulación, conducta que fue cometida en violación de las exigencias especiales contenidas en el literal e) del punto 2, artículo 2o de la Ley 1150 de 2007, previstas para un procedimiento de adjudicación de bienes del Estado que se regía por esa Ley”<sup>24</sup>.
- d) Entregar en concesión terrenos cuya explotación está prohibida por leyes ambientales<sup>25</sup>. Al respecto el Consejo de Estado indicó: “(...) la Sala encuentra probado que el contrato de concesión (...) y su otrosí adolecieron de objeto ilícito por cuanto la autoridad concedente se apartó de las normas legales que le imponían consultar y coordinar con las autoridades competentes acerca de las zonas de reserva restringidas a la minería y omitió el régimen de licencia previa que se aplicaba para el proyecto minero, en cuanto parte del área estaba superpuesta con la zonas de reserva forestal del Bosque Oriental y de la cuenca alta del río Bogotá, además de que, según se lee en el contrato, la respectiva concesión entregó el área como cuerpo cierto, sin distinguo de las zonas de bosque ni de las aledañas a la cuenca alta del río Bogotá”<sup>26</sup>.

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 25 de julio de 2019, Rad. 88001-23-31-000-2012-00017-01(51772), M.P. Marta Nubia Velásquez Rico

<sup>21</sup> Ibidem

<sup>22</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 8 de mayo de 2019, Rad. 25000-23-26-000-2005-01339-01(37836), M.P. Efraim Alberto Montaña Plata y Consejo de Estado, SC3, sentencia del 42429, Rad. 25000-23-26-000-2001-11171-01(28478), M.P. Danilo Alfonso Rojas Betancourth

<sup>23</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 10 de mayo de 2017, Rad. 25000-23-26-000-2011-00382-01(54324), M.P. Marta Nubia Velásquez Rico

<sup>24</sup> Ibidem

<sup>25</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 19 de julio de 2018, Rad. 25000-23-36-000-2013-01536-01(55991), M.P. Marta Nubia Velásquez Rico

<sup>26</sup> Ibidem



### 3.3.2 Evaluación de los proponentes

En esta subcategoría se encuentran tres sentencias en las que se evidenció un error en el proceso de evaluación y calificación de proponentes. En los tres casos el demandante fue uno de los proponentes que no fue seleccionado.

A continuación, los errores identificados:

- a) Corregir las propuestas remitidas por los proponentes y solicitar aclaraciones sobre aspectos que otorgan puntaje, lo cual no está permitido<sup>27</sup>. En efecto, “la entidad demandada incurrió en actuaciones irregulares, tanto al corregir, directamente, la propuesta presentada (...), como al pedirle, posteriormente, que aclarara su oferta, (...) por lo que, (...) es claro que desconoció la obligatoriedad del pliego de condiciones y su inmutabilidad”<sup>28</sup>.
- b) Realizar una evaluación inadecuada de las propuestas y las hojas de vida remitidas<sup>29</sup>. En uno de los casos analizados, el Consejo de Estado decidió declarar la nulidad de la resolución que adjudicó una licitación “por las inconsistencias encontradas en la evaluación, las cuales además ponen de presente que ninguna de las propuestas era elegible, toda vez que no superaron los 75 puntos que exigía el pliego para tal fin. Agrego que “la decisión que se imponía era una declaratoria de desierta y no la adjudicación, como ocurrió”<sup>30</sup>.

### 3.3.3 En la elaboración del contrato

En esta subcategoría se encuentran tres sentencias en las que se incluyeron en el contrato cláusulas no permitidas por la ley y la jurisprudencia.

- a) Firmar un contrato con cláusulas en las que se le impide al contratista presentar reclamaciones<sup>31</sup>. Al respecto el Consejo de Estado precisó: “El hecho de incluir en la adición del plazo de un contrato cláusulas o expresiones en las cuales el contratista renuncia a formular reclamaciones a la entidad contratante contraviene la prohibición establecida en el inciso segundo del numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, norma que debe interpretarse como una disposición dirigida a proteger a la parte que en desarrollo de un contrato puede encontrarse en situación de inferioridad que

<sup>27</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 25 de octubre de 2019, Rad. 25000-23-26-000-2007-00677-01(39945), M.P. María Adriana Marín

<sup>28</sup> Ibidem

<sup>29</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 3 de diciembre de 2018, Rad. 25000-23-26-000-1998-02365-02(40416), M.P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero y Consejo de Estado, SC3, sentencia del 10 de noviembre de 2017, Rad. 68001-23-31-000-2004-00295-01(52733), M.P. Marta Nubia Velásquez Rico

<sup>30</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 3 de diciembre de 2018, Rad. 25000-23-26-000-1998-02365-02(40416), M.P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero

<sup>31</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 8 de mayo de 2019, Rad. 25000-23-26-000-2000-01946-02(41868), M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera



determine la aceptación, en contra de su voluntad, de este tipo de estipulaciones”<sup>32</sup>.

- b) Incluir cláusulas expresamente prohibidas por la ley para el tipo de contrato o con cláusulas ambiguas<sup>33</sup>.

### **3.3.4 A partir de los errores identificados en esta categoría, es posible realizar algunas consideraciones dirigidas a prevenir la ocurrencia de estos hechos:**

- i) Los errores presentados en esta categoría son errores ocasionados por situaciones que debieron ser previstas por las entidades públicas antes de iniciar el proceso contractual. Estos errores solamente pueden ser corregidos si las entidades realizan un análisis a conciencia de los compromisos que se adquieren con la realización de un contrato. Los errores mencionados en este aparte han sido clasificados como errores de planeación porque se evidencia una falla en el principio de planeación que deben observar las entidades antes de emprender un proceso contractual.
- ii) Las entidades están en la obligación de entregar a los contratistas información real y fidedigna sobre los aspectos relacionados con el contrato. La no entrega de información veraz afecta la ejecución del contrato y, por lo tanto, genera un incumplimiento imputable a la entidad contratante.
- iii) Antes de iniciar un proceso de contratación, la entidad debe analizar si los recursos disponibles son suficientes para la completa realización del contrato que pretende suscribir. Frente a esto, resulta oportuno recordar que, una vez adjudicado un contrato, la no continuación del proceso contractual genera responsabilidad por indemnización de los gastos, expensas o pérdidas por la no celebración del contrato, a favor del proponente.
- iv) Previo al inicio del proceso de contratación, la entidad debe tener claros cuáles son los requisitos impuestos por la ley para dar pleno cumplimiento a los principios y deberes contractuales tales como: publicidad, transparencia, libre concurrencia de oferentes, deber de selección objetiva, etcétera.
- v) La suscripción y ejecución de los contratos públicos requiere la observancia de normas que van más allá de la contratación estatal, como es el caso de las normas ambientales. Por lo tanto, es deber de las entidades verificar que la ejecución del objeto contractual esté debidamente permitida por la ley colombiana. Es importante recordar que la suscripción de contratos cuyo objeto contractual vulnera las prohibiciones ambientales adolece de objeto ilícito.
- vi) Las entidades deben evitar corregir o ajustar por sí mismas las propuestas presentadas por los proponentes. La entidad no debe subsanar los errores o

---

<sup>32</sup> Ibidem

<sup>33</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 1 de agosto de 2018, Rad. 25000-23-26-000-2004-02151-01(39277), M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo y Consejo de Estado, SC3, sentencia del 27 de enero de 2016, Rad. 25000-23-26-000-2012-01106-01(46843), M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa



inconsistencias de los proponentes, sino que es deber del proponente presentar propuestas claras y ajustadas a lo solicitado en los pliegos de condiciones.

- vii) Durante la etapa de evaluación de las ofertas no es posible solicitar ni recibir ajustes sobre aspectos que otorgan puntajes a los proponentes.
- viii) Las entidades deben delegar la evaluación de las propuestas en un grupo de personas con las condiciones adecuadas para la valoración de las propuestas. Además, el grupo evaluador deberá realizar la calificación de las propuestas, así como de las hojas de vida, con el mayor profesionalismo y siguiendo estrictamente los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.
- ix) En el caso de que ninguno de los proponentes cumpla con los requisitos mínimo exigidos en el pliego de condiciones, las entidades deben declarar desierto el proceso de selección. La declaratoria debe constar en un acto administrativo que señale expresamente las razones que fundamentan la decisión.
- x) Si bien los contratos están sometidos a la voluntad de las partes, no pueden ser incluidas cláusulas que prohíban a los contratistas formular reclamaciones, sean violatorias de los derechos que le asisten al contratista ni aquellas expresamente prohibidas por la ley.
- xi) Las entidades deben observar con atención la redacción de las cláusulas incluidas en los pliegos de condiciones y en los contratos con el fin de evitar la presencia de cláusulas ambiguas. Es importante recordar que, de conformidad con el artículo 1624 del Código Civil, las cláusulas ambiguas u oscuras se dictadas por una parte se interpretaran en contra de esta.

### **3.4 Errores por violación al debido proceso**

En seis sentencias condenatorias se identificaron falencias relacionadas con violaciones al debido proceso durante trámites relacionados con el contrato. Esta categoría se encuentra dividida en cuatro subcategorías: i) falta de comunicación del inicio de la actuación administrativa; ii) desconocimiento del derecho de audiencia y defensa; iii) falta de motivación de la decisión; y iv) Falta de competencia.

#### **3.4.1 Falta de comunicación del inicio de la actuación administrativa**

En esta subcategoría se encuentran dos sentencias en las que se cometió el error de proferir un acto administrativo, en el marco del contrato, sin informar previamente al contratista del inicio de la actuación administrativa<sup>34</sup>. En una de las sentencias, el Consejo de Estado señaló que “no se respetaron por parte de la entidad demandada las garantías mínimas de cualquier actuación administrativa (...) por cuanto no hay documento que acredite que la accionada le haya comunicado la decisión de adelantar un procedimiento administrativo tendiente a determinar la ocurrencia del siniestro.

<sup>34</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 11 de octubre de 2018, Rad. 25000-23-36-000-2013-00854-01(57560), M.P. Marta Nubia Velásquez Rico y Consejo de Estado, SC3, sentencia del 30 de noviembre de 2017, Rad. 15001-23-31-000-2006-01404-01(37002), M.P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero



Tampoco aparece probado que las pruebas que sirvieron de base [a la entidad] para tomar su decisión hayan sido trasladadas a la parte actora o al contratista”<sup>35</sup>.

### **3.4.2 Desconocimiento del derecho de audiencia y defensa**

En esta subcategoría se encuentra una sentencia en la que la entidad omitió la solicitud de pruebas que realizó el contratista y no se pronunció sobre los argumentos presentados, en el recurso de reposición contra la resolución que impuso la multa. En dicha sentencia, el Consejo de Estado indicó que se había vulnerado el derecho al debido proceso administrativo dentro del trámite del recurso de reposición presentado por el contratista pues era evidente “que la entidad no solo dejó de recolectar los elementos probatorios solicitados en el recurso, sino que circunscribió la motivación de la decisión al incumplimiento endilgado a la contratista, sin realizar pronunciamiento alguno sobre los argumentos conforme a los cuales no se había adelantado la ejecución contractual por la presunta mora en la entrega de los predios requeridos, entre otros”<sup>36</sup>.

### **3.4.3 Falta de motivación de la decisión**

En esta subcategoría se encuentra una sentencia en la que la entidad no sustentó adecuadamente ni compartió la información que sustentó la decisión de modificar el valor de la contraprestación que debía pagar el contratista<sup>37</sup>. En dicha sentencia, el Consejo de Estado reconoció que le asistía al contratista “el derecho a conocer de antemano los informes que le servirían de fundamento a la Administración para adoptar la decisión hoy enjuiciada. Sin embargo, la entidad estatal guardó total silencio al respecto antes de proferir la Resolución (...) y, por si fuera poco, en el acto administrativo se abstuvo de referir de manera clara, detallada e informativa –siquiera con un mínimo razonable de explicación– el contenido de las pruebas que habrían de soportar lo allí decidido. (...) se debe declarar la nulidad [de] las Resoluciones”<sup>38</sup>.

### **3.4.4 Falta de competencia**

En esta subcategoría se encuentran dos sentencias en las que se llevaron a cabo actuaciones sin competencia para hacerlo. En el primer caso, el contrato fue firmado por una persona que ya no era funcionario de la entidad contratante y, en el segundo caso, se realizó la actuación cuando ya había sido superada la oportunidad para hacerlo<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 30 de noviembre de 2017, Rad. 15001-23-31-000-2006-01404-01(37002), M.P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero

<sup>36</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 30 de agosto de 2018, Rad. 47001-23-31-000-1998-01143-01(37935)A, M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo

<sup>37</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 16 de agosto de 2018, Rad. 08001-23-31-000-2001-02667-03(37001), M.P. María Adriana Marín

<sup>38</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 16 de agosto de 2018, Rad. 08001-23-31-000-2001-02667-03(37001), M.P. María Adriana Marín

<sup>39</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 42709, Rad. 25000-23-26-000-2002-02244-01(30776), M.P. Ramiro De Jesús Pazos Guerrero y Consejo de Estado, SC3, sentencia del 42473, Rad. 27001-23-31-000-2006-00576-01(36373)A, M.P. Hernán Andrade Rincón



### **3.4.5 A partir de los errores identificados en esta categoría, es posible realizar algunas consideraciones dirigidas a prevenir la ocurrencia de estos hechos:**

- i) Las actuaciones de la administración no pueden ser arbitrarias, sino que deben responder a criterios de proporcionalidad y necesidad. Las sanciones están sometidas al principio de tipicidad. Corresponde a la entidad establecer cuál es la conducta reprochable y su respectiva sanción.
- ii) Las decisiones administrativas deben respetar el derecho de defensa del contratista y de la compañía aseguradora, lo cual incluye notificar a las partes, incluso, del inicio de la actuación administrativa.
- iii) El acto administrativo que impone una sanción debe ser motivado, lo cual incluye, cuando se requiera, compartir con el contratista y la aseguradora la información utilizada como sustentó de la decisión.
- iv) Teniendo en cuenta que varias de las actuaciones administrativas son susceptibles de reposición, el acto que resuelva el recurso debe pronunciarse sobre los argumentos presentados por el contratista o la aseguradora cuando se interpuso el recurso.

### **3.5 Errores por la no liquidación del contrato**

En tres sentencias condenatorias se identificaron casos en los que no se liquidó el contrato<sup>40</sup>. Sobre la liquidación del contrato estatal, el Consejo de Estado ha mencionado que esta «(...) constituye la etapa final del negocio jurídico, en la cual las partes se ponen de acuerdo sobre el resultado último de la ejecución de las prestaciones a su cargo y efectúan un corte de cuentas, para definir, en últimas, quién debe a quién y cuánto, es decir para establecer el estado económico final del contrato, finiquitando de esa forma la relación negocial (...)»<sup>41</sup>

#### **3.5.1 A partir de los errores identificados en esta categoría, es posible realizar algunas consideraciones dirigidas a prevenir la ocurrencia de estos hechos:**

- i) En materia contractual, la liquidación del contrato es el procedimiento por medio del cual la administración y el contratista definen la situación de las prestaciones que debían ser ejecutadas. Es una etapa que deben cumplir los contratos, siempre que así lo establezca la ley o las partes.
- ii) La liquidación del contrato puede ser realizada de tres formas: por mutuo acuerdo; de manera unilateral, por parte de la entidad contratante; y por orden judicial. Adicionalmente, la entidad deberá tener en cuenta que existen unos términos para su realización:

<sup>40</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 24 de mayo de 2018, Rad. 25000-23-26-000-2004-01977-01(34157)B, M.P. María Adriana Marín, Consejo de Estado, SC3, sentencia del 4 de septiembre de 2017, Rad. 68001-23-31-000-2009-00295-01(57279), M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Consejo de Estado, SC3, sentencia del 1 de agosto de 2016, Rad. 23001-23-31-000-1998-10367-01(35721), M.P. Hernán Andrade Rincón

<sup>41</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 09 de octubre de 2014, Rad. 25000-23-26-000-2001-02508-01(28881), M.P. Danilo Rojas Betancourth



- Liquidación bilateral: el plazo será el indicado en el pliego de condiciones, el acordado por las partes o los cuatro meses establecidos por la ley<sup>42</sup>. El término de los cuatro meses se cuenta desde el vencimiento del plazo previsto para la ejecución del contrato, la expedición del acto administrativo que ordena la terminación del contrato o la fecha del acuerdo que la disponga.

Es importante mencionar que la liquidación bilateral no requiere que las partes estén completamente de acuerdo sobre las prestaciones pendientes del contrato. La liquidación puede hacerse con la inclusión de las salvedades del caso. Es necesario que las entidades incluyan las salvedades, a que haya lugar, con el fin de hacerlas valer, posteriormente, en sede judicial. Esto ocurre porque la liquidación del contrato es, en últimas, un ajuste de cuentas y es la última oportunidad para consignar cualquier inconformidad o salvedad respecto a la ejecución del contrato. Dichas salvedades deben quedar consignadas en el acta de liquidación, ya que es un prerrequisito para que, posteriormente, puedan demandarse judicialmente prestaciones relacionadas con el contrato<sup>43</sup>.

- Liquidación unilateral, por parte de la entidad contratante: cuando el contratista no se presente a la liquidación, previa notificación o convocatoria, o cuando las partes no logran un acuerdo sobre su contenido, la entidad podrá liquidar unilateralmente dentro de los dos meses siguientes.
- Liquidación judicial: es ordenada por sentencia para lo cual es necesario acudir al medio de control de controversias contractuales y, por lo tanto, es requisito que no haya operado la caducidad.

### **3.6 Errores relacionados con la terminación extemporánea del contrato**

En esta categoría se incluye un proceso en el cual una entidad finalizó unilateral y anticipadamente un contrato, aunque el plazo de ejecución ya había expirado. En este caso, el Consejo de Estado precisó que la entidad no podía terminar unilateralmente el contrato cuando lo hizo, pues para entonces “el término de ejecución del mismo ya había fenecido y, por tanto, no tenía competencia temporal para ello; en efecto, recuérdese que el plazo de ejecución vencía “... el 27 de septiembre de 2002 ...”, mientras que la terminación unilateral se produjo el 18 de noviembre de ese año, esto es, con posterioridad a la terminación de la vigencia del contrato”<sup>44</sup>.

#### **3.6.1 A partir de los errores identificados en esta categoría, es posible realizar algunas consideraciones dirigidas a prevenir la ocurrencia de estos hechos:**

---

<sup>42</sup> Artículo 11 de la Ley 1150 de 2007: La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

<sup>43</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 14 de febrero de 2019, Rad. 05001-23-31-000-2008-01090-01(57385), M.P. Marta Nubia Velásquez Rico

<sup>44</sup> Consejo de Estado, SC3, sentencia del 10 de noviembre de 2017, Rad. 68001-23-31-000-2003-01342-01(39536), M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera



Frente a la terminación anticipada es importante precisar que:

- La oportunidad para acudir a la terminación unilateral se limita a la vigencia del contrato.
- Es una facultad expresa de la administración para finalizar anticipadamente el contrato
- La declaratoria se realiza a través de un acto administrativo y, como tal, es susceptible de control jurisdiccional. Una vez ejecutoriada la decisión, deberá proceder la liquidación del contrato

#### **4. CONCLUSIONES**

A partir de la información presentada se puede concluir lo siguiente:

1. La tasa de éxito en controversias contractuales es alta ya que el 62% de los procesos tiene un resultado favorable para la Nación. Sin embargo, en algunos casos se observa que las entidades públicas incurren en falencias causadas por el desconocimiento legal y jurisprudencial de los aspectos que regulan la contratación estatal.
2. Con base en lo anterior, se recomienda que el lineamiento que va a ser expedido incluya las consideraciones presentadas en los apartes 3.1.3; 3.2.3; 3.3.4; 3.4.5; 3.5.1 y 3.6.1 con el fin de orientar y dar recomendaciones en temas contractuales, en particular sobre los siguientes puntos:
  - a. Determinar los parámetros fijados por la ley y la jurisprudencia para el cálculo de los perjuicios causados por el incumplimiento del contratista, en particular lo relacionado con el cobro de la cláusula penal y la garantía del contrato.
  - b. Precisar las situaciones en las cuales las entidades públicas pueden hacer uso de cláusulas exorbitantes.
  - c. Delimitar la competencia temporal de las entidades para declarar la caducidad del contrato, el incumplimiento contractual y la terminación unilateral del contrato.
  - d. Precisar el alcance de la facultad con la que cuentan las entidades para solicitar aclaraciones en las evaluaciones de las propuestas remitidas por los proponentes durante el proceso licitatorio.
  - e. Fijar recomendaciones tendientes a prevenir la vulneración del debido proceso durante la realización de actuaciones administrativas. Entre ellos, la importancia de pronunciarse sobre los argumentos presentados en los recursos de reposición y la notificación del inicio de la actuación administrativa.



- f. Identificar los plazos con los que cuentan las entidades para realizar la liquidación de los contratos estatales. Además, recordar la importancia de incluir en el acta de liquidación las anotaciones de los incumplimientos en los que incurrió el contratista durante la ejecución del contrato.
- g. Aclarar a las entidades que, antes de iniciar un proceso contractual, resulta indispensable contar con la totalidad de los recursos requeridos para la ejecución del contrato.
- h. Recomendar a las entidades que el plazo pactado para realizar los pagos de las cuentas de cobro no debe ser menor al que otorga la ley o la jurisprudencia.
- i. Recordar a las entidades que los retrasos en el pago generan intereses de mora. Este tema puede ser analizado al interior del Comité de Conciliación con el fin de establecer fórmulas conciliatorias que permitan prevenir demandas y condenas.