

# **BUENAS PRÁCTICAS PARA LA SUPERVISIÓN DE LOS CONTRATOS: CUMPLIMIENTO, INCUMPLIMIENTOS E IMPREVISIÓN**

**Enrique José Arboleda Perdomo**

Ex Magistrado Consejo de Estado  
Miembro Comisión Redactora C.P.C.A.  
Consultor en contratación pública

# TEMARIO GENERAL

1. Metodología de las exposiciones
2. Noción del contrato estatal
3. Interpretación del contrato
4. Cómo NO se redacta un contrato
5. Problemas en la interpretación
6. Noción de cumplimiento
7. El incumplimiento contractual
8. Teoría de la imprevisión

# METODOLOGÍA

# NOCIÓN DE CONTRATO

- Todo acuerdo de voluntades
- El contrato fuente de obligaciones
- Noción de obligación y de prestación.
- Fuerza vinculante del contrato
- Incumplimiento como hecho ilícito

# Definición del contrato estatal

Siempre una de las partes es una entidad administrativa o estatal.

- La otra parte puede ser:
- Un particular
- Varios particulares: consorcio, unión temporal
- Otra entidad pública: contrato interadministrativo.

# Características

- Contratos de colaboración
- Conmutativos: lo que se da equivale a lo que se recibe
- Solemnes: siempre escrito

# Elementos

- **Partes o sujetos** (¿Quién?)
- **Consentimiento** (¿Cómo?)
- **Objeto: prestaciones** (¿Qué?)
- **Causa** (¿Por qué?)
- **Fin** (¿Para qué?)

# Elementos: objeto

- Objeto del contrato: crea, modifica o extingue derechos y obligaciones.
- Objeto de los derechos y obligaciones: las prestaciones o el objeto material, cosa o hecho al que se refieren.
- Los contratos con objeto múltiple: cómo se interpretan?



# Elementos: el precio

Clases de precio:

- **Precio Global** o fijo: Incluye todos los riesgos previsibles.
- **Precios unitarios** o por unidad de medida: Cubre el riesgo del número de cosas.
- **Precio con ajustes.** Cubre los riesgos de variación intrínseca del precio:

# Elementos: el precio

## Pago del precio:

- Anticipo y pago anticipado
- Pago por instalamentos (sin entrega parcial)
- Pago contra recibo parcial
  - Recibo parcial sólo para el pago
  - Recibo parcial para adquirir
  - Recibo parcial a satisfacción Garantía.
- Las retenciones

# Elementos: el plazo

**Regla general:** Si no hay plazo o condición, la obligación se cumple inmediatamente.

## **Definición:**

- “Es la época que se fija para el cumplimiento de una obligación” (1551 C.C.)
- Hecho futuro y cierto del cual depende el cumplimiento de una obligación o la extinción de un derecho. (Alessandri)

# Elementos: el plazo

Problemas con la estipulación del plazo:

- La llamada vigencia del contrato.
- Pacto de plazos diferentes según las obligaciones.
- El plazo para el ejercicio de las cláusulas excepcionales.
- El plazo para la liquidación del contrato.

# Interpretación de los contratos estatales

Enrique José Arboleda Perdomo

# Interpretación: Regla general (28)

- los fines
- los principios
- buena fe
- igualdad
- equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos

# Reglas del Código Civil

- Artículos 1618 a 1624
- Intención de las partes
- Efecto de la cláusula
- Naturaleza del contrato
- Cláusulas unas por otras
- Interpretación práctica (buena fe)
- Cláusulas ambiguas en favor del deudor.
- Cláusulas ambiguas contra quien las dictó, siempre que deba una explicación.

# Interpretación: función de los pliegos de condiciones

Qué significa que el pliego de condiciones es la “ley de la licitación y del contrato”? Opciones:

- Prima sobre el contrato
- El contrato prima sobre el pliego.
- Depende de lo que se pacte en el contrato
- Ambos documentos se deben interpretar coherentemente.



# CÓMO **NO** SE REDACTA UN CONTRATO

Enrique José Arboleda Perdomo

# UN PÉSIMO EJEMPLO

Objeto del contrato:

- Instalar y dejar listos para conectar a la red 200 sistemas de video-vigilancia en 200 colegios.
- Instalar y conectar inalámbrico 50 sistemas de video-vigilancia en 50 patrullas
- Instalar y conectar inalámbrico 50 sistemas de video-vigilancia en 50 motos.

# UN PÉSIMO EJEMPLO

Plazo del contrato:

Se pactaron 18 meses, sin distinguir cada ítem.

Tres etapas:

1. Diseños: 2 meses: Recibo y aprobación.
2. Instalación: 10 meses.
3. Operación y mantenimiento: 6 meses

# UN PÉSIMO EJEMPLO

Precio y forma de pago:

Precio global fijo en conjunto todos los ítems.

Se paga en cuatro contados, por avances previa “entrega a satisfacción”, así:

CONTADO	% AVANCE	% PRECIO
1	20%	40%
2	50%	30%
2	100%	25%
4	Liquidación final	5%

# UN PÉSIMO EJEMPLO

Comentarios:

No se definió cómo se medía el avance en la ejecución, es decir, si por número de instalaciones o por el monto invertido, o por tiempo transcurrido.

No se definió si se podía pagar por ítems, o si todo tenía que ser al tiempo.

No se definió a quién se debía hacer la entrega a satisfacción, ni protocolos de entrega, ni plazo para recibir.

# UN PÉSIMO EJEMPLO

Situación al mes 10:

ITEM	COMPRA EQUIPOS	APROBACIÓN DISEÑOS	INSTALACIÓN	% INVERTIDO	Pagado
COLEGIOS	100%	45% (APROBACIÓN INDIVIDUAL)	45%	70%	2° contado 70%
PATRULLAS	100%	100% (UNO SÓLO)	80%	90%	2° contado 70%
MOTOS	100%	100% (TRES DISEÑOS)	20%	60%	2° contado 70%

# UN PÉSIMO EJEMPLO

Problemas al cambiar la administración y el supervisión:

- Se ha pagado más de lo debido
- El avance debe ser por número de instalaciones, que es la obligación principal
- No se sabe si el valor es o no real, pues no está por precios unitarios: exige cambio a precios unitarios
- Denuncia a Contraloría y Fiscalía

# Redacción de los contratos

- Contratar es prever
- Un contrato es un “cuento bien contado”
- Función de los principios
- Toda cláusula ambigua es un pleito
- Simplificación del lenguaje.
- Definir contractualmente el orden de prelación de los documentos.
- Definir contractualmente una metodología de interpretación.



# Problemas más comunes en la interpretación de los contratos estatales

Enrique José Arboleda Perdomo

# Problemas más comunes

- Contradicción entre el pliego de condiciones y el contrato: prima el pliego.
- Contradicción entre dos partes del contrato: reglas de interpretación.
- Ambigüedad de las cláusulas: reglas de interpretación.

# Problemas más comunes

- Reinterpretación de las cláusulas: se debe mantener la práctica.
- El temor a las entidades de control: coadministración de las contralorías
- La mala fama de ciertos contratos o contratistas: “esto se arregla solo”

# El cumplimiento

Enrique José Arboleda Perdomo

# Noción de cumplimiento

Es el hecho de dar, hacer o abstenerse de hacer, a que se ha comprometido una parte del contrato, en las condiciones materiales (técnicas), jurídicas (propiedad, uso, disponibilidad) y oportunidad (plazo).

# Medios para exigir cumplimiento

- La supervisión del desarrollo de la ejecución:
  - Durante la elaboración del bien o servicio
  - En el momento del recibo: protocolos de recibo y pruebas de calidad

# Medios para exigir cumplimiento

- Las multas como cláusulas penales de apremio.
- Tipo de cláusulas penales:
  - Apremio: forzar el cumplimiento
  - Como tasación de perjuicios moratorios
  - Como tasación de perjuicios compensatorios

# El incumplimiento

Enrique José Arboleda Perdomo



# El incumplimiento: generalidades

- Noción: Acto ilícito o antijurídico: violación de lo pactado.
- Efectos (regla general): Opción para la parte cumplida (acreedor) artículo 1546 código civil:
  - a) Pedir cumplimiento más perjuicios moratorios o cláusula penal moratoria.
  - b) Pedir la terminación más indemnización de perjuicios compensatorios o cláusula penal compensatoria.

# El incumplimiento: generalidades

Los perjuicios:

a) Si se opta por el cumplimiento, son los ocasionados por la demora o cumplimiento imperfecto de la obligación.

b) Si se opta por la terminación, son los ocasionados por la ausencia de la prestación debida: compensan los daños derivados de no recibir la prestación.

# El incumplimiento: generalidades

- a) El deudor puede optar por cobrar los perjuicios o la cláusula penal cuando se haya estipulado.
- b) Si opta por perjuicios (o no hay cláusula penal): debe probarse el daño emergente y el lucro cesante.

# El incumplimiento: generalidades

c) Si opta por la cláusula penal: tasación anticipada y contractual de perjuicios. Luego se exonera a la parte cumplida (deudor) de la prueba del perjuicio y su monto, y el acreedor no puede alegar que no hubo perjuicios para no pagarla. No es posible acumular perjuicios y cláusula penal.

# El incumplimiento: generalidades

d) Disposición especial en caso de intereses: Si lo debido es una suma líquida de dinero, y se cobra sólo el interés moratorio, no hay necesidad de probar ni los perjuicios ni su monto. Puede optarse entre el cobro de intereses y los perjuicios. (artículo 1617 código civil)

# El incumplimiento en el E.G.C.A.P.

Distinciones: es diferente el régimen si:

- a) incumple la administración → art. 50
- b) Incumple en particular, se distingue
  1. Si hay cláusulas excepcionales  
→ art. 18 ley 80 de 1993
  1. Si no las hay → art. 86 ley 1474 de 2011

# El incumplimiento en el E.G.C.A.P.

Primera situación: cláusula de caducidad.

1. régimen de incumplimiento.

2. Hipótesis: “hechos constitutivos de incumplimiento ... que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización ....”

# El incumplimiento en el E.G.C.A.P.

Se desprende:

- Es obligatoria si se da la hipótesis
- Es preventiva: debe evitarse la parálisis de la ejecución del contrato



# El incumplimiento en el E.G.C.A.P.

Si se cumple la hipótesis abre la opción de caducar o mantener el contrato.

a) Si se caduca:

- Terminación y liquidación del contrato.
- La indemnización de perjuicios: quién los define, juez o administración? Artículo 86 ley 1474.

# El incumplimiento en el E.G.C.A.P.

- Cobro de la cláusula penal pecuniaria compensatoria.
- Constituye siniestro de incumplimiento.
- Sanciones accesorias al contratista: inhabilidad.

# El incumplimiento en el E.G.C.A.P.

b) Si no se caduca:

- “adoptará las medidas de control e intervención necesarias”
- Forma: mutuo acuerdo o acto administrativo?
- Perjuicios moratorios o cláusula penal moratoria
- Continuidad con el garante

# El incumplimiento en el E.G.C.A.P.

Qué pasa si hay incumplimiento y no se hace uso de las potestades del artículo 18?  
Puede la administración declarar el incumplimiento por acto administrativo usando la potestad del artículo 86 de la ley 1474 ?

# El incumplimiento en el E.G.C.A.P.

Si o se da la hipótesis del art 18 pero hay incumplimiento, cómo se actúa?

Aplicar el artículo 86 de la ley 1474/11:

- Declarar incumplimiento parcial (cumplimiento imperfecto)
- No se termina el contrato
- Se pueden imponer multas de apremio

# El incumplimiento en el E.G.C.A.P.

- O cobrar la cláusulas penales moratorias
- O perjuicios moratorios.
- Configura el siniestro de incumplimiento
- Deben definir las medidas para que el contratista cumpla el contrato, y definir quién asume los costos de las medidas.

# El incumplimiento en el E.G.C.A.P.

- Segunda situación: No se pactó caducidad
- Se aplican las reglas generales: se abre la opción de terminar o mantener el contrato
- si el contrato es posible, debe cumplirse y aplicamos lo dicho sobre incumplimiento parcial.

# El incumplimiento en el E.G.C.A.P.

- Caso contrario: se termina, se declara el incumplimiento total o definitivo y lo demás expuesto para la caducidad, salvo las sanciones accesorias.



# El incumplimiento en el E.G.C.A.P.

## Eximentes de la responsabilidad del contratista:

- 1 El hecho de la administración. Debe ser definitivo.
2. La fuerza mayor o el caso fortuito
3. La ausencia de culpa?

## La relación de causalidad

# Teoría de la imprevisión

Enrique José Arboleda Perdomo

# El hecho imprevisto

1. No imputable a las partes.
2. Futuro en relación con el contrato o la oferta
3. Imprevisto: su ocurrencia no debe ser probable según las reglas de previsión de cada arte o ciencia.

# El hecho imprevisto

4. Irresistible: a pesar de ser previsible, sus efectos o su magnitud se vuelve irresistible.
5. Debe afectar gravemente la economía del contrato. La noción de normalidad.
6. El contrato debe ser posible.  
Diferencias con la fuerza mayor.

# El hecho imprevisto: efectos

B. Efecto:

- El desequilibrio del contrato

C. La relación causal entre el hecho imprevisto y el desequilibrio:

- La problemática en caso de mora del contratista.
- La problemática en caso de concurrencia de causas.

# El hecho imprevisto: reequilibrio

Restablecimiento del equilibrio: Art 5° nl 1°  
y Artículo 27:

- Gastos adicionales
- Reconocimientos de costos financieros
- Intereses
- La problemática del punto de no pérdida:  
la utilidad esperada?

**MIL GRACIAS POR SU ATENCIÓN**