



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Edgar González López

Bogotá D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación Interna: 2331

Número Único: 11001030600020170004200

Referencia: Licitación pública. Principios de la contratación estatal.

El Ministerio de Transporte consulta a la Sala con el propósito de establecer si es posible adelantar un proceso licitatorio para contratar el 12% de las obras faltantes que se requieren para concluir la construcción del Túnel de la Línea con cargo a vigencias futuras del presupuesto del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS y determinar si al hacerlo estaría incurriendo en un doble reconocimiento o pago.

I. ANTECEDENTES

a. En el escrito de la consulta, el Ministerio de Transporte presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. El INVÍAS a través de un proceso de selección abreviada celebró el contrato de obra pública No. 3460 de 2008, bajo la modalidad de "llave en mano" (precio global fijo), cuyo objeto corresponde a la realización del proyecto denominado: "ESTUDIOS Y DISEÑOS, GESTIÓN SOCIAL, PREDIAL Y AMBIENTAL, CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DEL PROYECTO: CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL: TÚNELES DEL SEGUNDO CENTENARIO – TUNEL DE LA LÍNEA Y SEGUNDA CALZADA CALARCÁ CAJAMARCA".

2. El contrato se suscribió por un valor de \$629.052,9 millones, suma que fue adicionada teniendo en cuenta lo acordado en el documento denominado "Bases del Acuerdo Conciliatorio para dirimir las controversias suscitadas en el marco del contrato de obra pública No. 3460 de 2008, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Segundo Centenario". El valor de lo adicionado correspondió a la suma de \$346.458 millones para efectos de cubrir los pagos relacionados con el riesgo geológico, la ejecución de mayores cantidades de obra derivadas por el fenómeno de La Niña y otros elementos.

3. Después de varias prórrogas, el plazo de ejecución del contrato terminó el 30 de noviembre de 2016, fecha para la cual solamente se había ejecutado el 88% de su objeto.

4. Como consecuencia de la terminación del contrato No. 3460 de 2008, las actividades de control y mitigación de vertimientos emanados de los túneles piloto y principal del proyecto quedaron sin un responsable directo de su control y ejercicio, ante lo cual el INVÍAS procedió a suscribir el contrato No. 2240 de 2016, celebrado bajo la modalidad de urgencia manifiesta, para que se adelantaran las obras prioritarias de mantenimiento, atención inmediata, continua, preventiva y correctiva en el proyecto Cruce de la Cordillera Central Túneles del II Centenario- Túnel de la Línea y Segunda Calzada Calarcá – Cajamarca. Este contrato se encuentra actualmente en ejecución.

5. Ante la falta del 12% para el cumplimiento del objeto del contrato, la importancia estratégica del proyecto y las sumas invertidas en el mismo, la entidad ha planteado garantizar la culminación de la obra, sin perjuicio de que se adelante el procedimiento administrativo sancionatorio establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, junto con las respectivas acciones judiciales, respecto de los posibles incumplimientos al contrato No. 3460 de 2008.

6. A pesar de existir el acta de entrega y recibo definitivo de las obras ejecutadas en el contrato No. 3460 de 2008, hasta la fecha no ha sido posible determinar el monto real y preciso de las obras; además debe agregarse que ante el distanciamiento de las partes es posible que la liquidación no pueda efectuarse por mutuo acuerdo, y en consecuencia, puede ocurrir que dicho aspecto tenga que definirse en el ámbito judicial o arbitral, lo cual implicaría un término de al menos un año para definirla.

7. Por lo anterior, el INVÍAS informa que no puede esperar a contar con la señalada liquidación del contrato, dejando la obra abandonada y deteriorándose, por cuanto se generaría un detrimento patrimonial. Igualmente, tampoco podría pretenderse mantener de forma indefinida, a través de la figura de la contratación por urgencia manifiesta, el monitoreo y vigilancia de las obras y los aspectos ambientales, así como tampoco las intervenciones técnicas ante situaciones de emergencia.

8. Señala la entidad que el estatuto contractual no prohíbe que las Entidades estatales adelanten procesos de selección para cumplir con los fines del Estado. En el caso objeto de estudio, se evidencia la necesidad de terminar las obras del Túnel de la Línea y la Segunda Calzada de Calarcá – Cajamarca, independientemente de la liquidación del contrato No. 3460 de 2008 y de las actuaciones administrativas y/o judiciales que se adelanten en contra de la Unión Temporal Segundo Centenario, ante el presunto incumplimiento del objeto contratado.

9. Se informa, además, que es indispensable la terminación de la obra en este momento, pues de acuerdo con el concepto rendido por la interventoría CONSORCIO DIS S.A. EDL LTDA el 16 de diciembre de 2016, ante la suspensión de las actividades de construcción de las obras ejecutadas en el contrato, se está frente a un riesgo potencial desde el punto de vista técnico, a lo cual debe sumarse el hecho de que existen contratos en ejecución en el señalado corredor que se afectarían negativamente.

10. En consecuencia, para minimizar los referidos riesgos provocados por la no culminación de las obras faltantes, la inoperatividad de todo el proyecto en su conjunto y la imposibilidad de poner a disposición de los usuarios la vía, es necesario que INVÍAS, como única salida, deba abrir un nuevo proceso licitatorio para concluir las actividades faltantes, lo cual implica el aseguramiento de su financiación a través de vigencias futuras ordinarias.

11. El ministerio consultante indicó igualmente que el Departamento Nacional de Planeación – DNP –, de acuerdo con el oficio No. 20174340149091 del 1 de marzo de 2017, considera que la posibilidad de celebrar un nuevo contrato por parte de INVÍAS para realizar el 12% de las obras faltantes del túnel de la Línea y la Segunda Calzada Calarcá – Cajamarca, implicaría que el “Instituto incurra en un doble pago o reconocimiento en relación al nuevo contrato a suscribirse, por concepto de actividades ya realizadas a través del contrato finalizado”¹.

b. El día 9 de marzo de 2017 se realizó una audiencia que contó con la presencia de representantes del Ministerio de Transporte, el INVÍAS, el Departamento Nacional de Planeación – DNP y la Interventoría del contrato No. 3460 de 2008.

i) En dicha reunión el INVÍAS señaló:

1. El contrato No. 3460 de 2008 hace parte del proyecto cruce de la cordillera central, el cual ha costado 1.9 billones de pesos.

2. El valor del contrato No. 3460 de 2008 es de \$612.000 millones. Sin embargo, su valor aumentó a más de \$ 950.000 millones como consecuencia de la incorporación de recursos debido a: i) obras por riesgo geológico (reconocimiento fundamentado en una cláusula del contrato) y ii) mayores obras, derivadas principalmente de la ola invernal que afectó al país en el año 2010 (estos valores fueron reconocidos a través de una conciliación celebrada entre las partes).

3. De manera paralela al contrato No. 3480 de 2008, se han ejecutado, o actualmente están en ejecución, varios contratos, entre los que se destacan los referidos al túnel piloto, el intercambiador de Versailles y los equipos electromecánicos, los cuales requieren de la terminación del túnel principal.

4. El contrato No. 3460 de 2008 tenía como objeto dos aspectos vitales: i) la construcción del túnel principal, que incluía las actividades de excavación, tratamiento de fallas, revestimiento y pavimentación del túnel, y ii) la construcción de segundas calzadas, que implicaba la construcción de viaductos, túneles cortos y obras a cielo abierto. Aunque originalmente el contrato incluía una etapa de operación, esta fue excluida con la respectiva disminución de su valor.

¹ Documento de la consulta, p. 3.

5. El contratista asumía el riesgo de las fallas geológicas hasta 748 metros lineales. A partir de ese volumen, el costo de las nuevas fallas las debía reconocer el INVÍAS al contratista. En el desarrollo del contrato, la extensión de las fallas aumentó hasta casi 3 kilómetros, lo cual llevó a que los costos por esta materia se incrementaran hasta \$295.000 millones.

6. Durante el periodo de ejecución del contrato, el INVÍAS también reconoció al contratista, por mayores cantidades de obra y como consecuencia de un acuerdo conciliatorio, un valor de \$106.000 millones, valor que le sería pagado por obra realizada².

7. Al terminar el plazo de ejecución del contrato No. 3460 de 2008, quedaron pendientes por ejecutar obras que hacían parte del objeto contractual por un valor, a precios comerciales actuales, de \$116.000 millones. Estas obras faltantes consisten en: i) 2.8 km de revestimiento, ii) 5.5 km de pavimento y iii) 1.5 km de obras a cielo abierto.

8. El INVÍAS requiere recursos por \$249.000 millones para terminar las obras, pues, además de las obras inconclusas derivadas del contrato No. 3460 de 2008, necesita contratar otras obras (fallas geológicas y mayores cantidades de túneles cortos y de viaductos) que inicialmente no hacían parte del contrato "llave en mano" pero dadas las situaciones que se presentaron debieron tenerse en cuenta, sin que las hubiese alcanzado a ejecutar completamente el contratista.

9. Señaló que el DNP se oponía a aprobar las vigencias futuras, pues de los \$249.000 requeridos para la nueva licitación, \$116.000 millones correspondían a las obligaciones del contratista bajo el contrato de "llave en mano". Este valor equivale el 12% de las obras

² Así, en Auto No. 16 del 4 de noviembre de 2015 el Tribunal de Arbitramento señaló: "Ahora bien, en la medida en que a través del recursos de reposición las mismas Partes, con la intervención de sus apoderados y de sus respectivos representantes legales, ponen de presente que han procedido a ajustar o a modificar su acuerdo conciliatorio para efectos de excluir del mismo el monto de las respectivas utilidades, cuestión que se concreta en la decisión de limitar a la suma de CIENTO SEIS MIL SEISCIENTOS SIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA MIL PESOS (\$106.607'230.000) el acuerdo de lo que la entidad Convocada reconocerá a su Contratista Particular, cantidad de la cual se ha sustraído la suma de DOS MIL SETENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$2.077'770.000), el Tribunal encuentra que en estas condiciones el acuerdo celebrado no resulta lesivo para el patrimonio del Estado.
(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal,
RESUELVE

1. REVOCAR el Auto No. 15 de octubre 22 de 2015 por medio del cual se improbió el acuerdo conciliatorio celebrado entre las Partes y en su lugar APROBAR el acuerdo conciliatorio celebrado por la UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO y el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS – en relación con las diferencias surgidas por razón y/o con ocasión de las obras convenidas por virtud de los nuevos diseños que debieron realizarse para hacer frente a la ola invernal que hizo más gravosa la ejecución del Contrato No. 3460 de 2008, acuerdo conciliatorio tanto en el documento conjunto fechado en agosto 11 de 2015, como en el documento presentado también de manera conjunta por las Partes en el curso de la Audiencia celebrada el día de hoy, miércoles 4 de noviembre de 2015.

En consecuencia, el valor total y definitivo de la conciliación que aquí se aprueba corresponde a la suma de CIENTO SEIS MIL SEISCIENTOS SIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA MIL PESOS (\$106.607'230.000)".

que no realizó el contratista y que estaban incluidas en el referido contrato. Por lo tanto, si se otorga la aprobación, habría un doble pago.

10. Al contratista se le pagó casi la totalidad de los recursos destinados al contrato "llave en mano".

11. Insiste el INVÍAS que la obra necesita terminarse, pues el contrato No. 3460 de 2008 finalizó de forma incompleta y hay que poner a funcionar la obra, pues: i) de acuerdo con estimaciones del 2004, su funcionamiento le representará al país un beneficio de 40 millones de dólares anuales, ii) el INVÍAS ha invertido \$1.9 billones entre contratos ya ejecutados o que están actualmente en ejecución y iii) no continuar con las obras implica riesgos ambientales muy importantes.

12. La póliza de cumplimiento cubre hasta el 10% del valor del contrato (hasta \$61.000 millones).

13. - Los daños y perjuicios derivados del contrato están estimados en \$397.000 millones de pesos.

ii) Por su parte, el Viceministro de Transporte señaló en la audiencia:

1. En el contrato No. 3460 de 2008 no había correlación entre los pagos desembolsados y la obra ejecutada. Por lo tanto, los desembolsos no equivalen a la cantidad de obra ejecutada.

2. Hay claridad para el INVÍAS que existen obras faltantes del contrato que no fueron ejecutadas por el contratista y por ello, no se presentaría el fenómeno del doble pago respecto de lo que ejecutará el nuevo contratista seleccionado en el proceso licitatorio.

3. En síntesis, se pagaron mayores valores en el contrato en virtud de: i) el riesgo geológico, contemplado en el contrato y ii) otras obras relacionadas con mayores valores por ajustes a los diseños, todo lo cual se concertó en una conciliación celebrada por las partes.

iii) En lo que respecta al Departamento Nacional de Planeación – DNP, este indicó en la audiencia:

1. Previo a la autorización del CONFIS para una vigencia futura, el DNP debe dar un concepto favorable.

2. El DNP tiene dudas frente a lo que va a contratar el INVÍAS, pues a pesar de que habían recibido recursos de la Nación para el contrato No. 3460 de 2008, estos fueron girados casi en su totalidad, pero solamente se entregó el 88% de la obra.

3. Al DNP le asiste la preocupación de que puede existir un doble pago teniendo en cuenta que casi todos los recursos del contrato "llave en mano" No. 3460 de 2008 fueron girados

y la obra solo se entregó con un avance del 88%, y ahora se pretende celebrar otro contrato para concluir las obras faltantes.

4. Es función del DNP evaluar la eficiencia del gasto público.

5. Si bien no hay prohibición legal en las normas de presupuesto sobre la situación planteada por el INVÍAS para obtener nuevas aprobaciones presupuestales, y realizar nuevas erogaciones para culminar las obras inicialmente contratadas bajo la modalidad "llave en mano", es posible inferir una restricción en esa dirección teniendo en cuenta lo señalado en los artículos 102 de la Ley 715 de 2001 y 66 de la Ley 1530 de 2012.

iv) Finalmente, el representante de la firma interventora del contrato No. 3460 de 2008 señaló en la reunión:

1. El contrato estaba diseñado de tal forma que las metas no estaban acompasadas con la ejecución real de la obra, sino con las vigencias establecidas por año del contrato. Por lo tanto, al llegar a la primera meta, se habían entregado al contratista \$233.000 millones (37% del presupuesto del contrato) en tanto que la ejecución del mismo correspondía apenas a \$8.000 millones.

2. El acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes logró vincular el pago al contratista con las obras ejecutadas.

3. Dentro de la ejecución del contrato se presentó la ola invernal, lo cual, según la información suministrada, llevó a cambiar los diseños y a la causación de mayores valores a favor del contratista, asuntos que fueron materia de conciliación entre las partes.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio de Transporte formula las siguientes **PREGUNTAS**:

1. Atendiendo las consideraciones técnicas y jurídicas expuestas con antelación; es procedente que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS decida adelantar el proceso licitatorio orientado a contratar la ejecución del doce por ciento (12%) de las obras faltantes para culminar la construcción del Túnel de la Línea, señalando que se realizó solamente el ochenta y ocho por ciento (88%) de las obras contempladas dentro del objeto y alcance contractual, precisando que el plazo de ejecución del Contrato de Obra Pública No. 3460 de 2008 suscrito con la UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO – desarrollado con la modalidad de "Llave en mano" (Precio Global Fijo)- feneció el 30 de noviembre de 2016?

2. En el evento de adelantarse el proceso licitatorio señalado en precedencia y haciendo referencia al ordenamiento legal vigente en materia presupuestal, el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS estaría expuesto a incurrir en un eventual doble reconocimiento o "doble pago"? Qué consecuencias legales acarrea ante la Administración Pública, si llegare a presentarse tal situación?

II. CONSIDERACIONES

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala se referirá inicialmente a: i) el proyecto Cruce de la Cordillera Central –Túnel II Centenario (Túnel de la Línea), ii) la contratación estatal y los fines del Estado, iii) los principios que rigen la contratación estatal, iv) el contrato de obra y v) algunas consideraciones respecto del contrato No. 3460 de 2008.

1. El proyecto Cruce de la Cordillera Central –Túnel II Centenario (Túnel de la Línea)

Este proyecto, el cual se desarrolla entre los departamentos del Tolima y Quindío, particularmente en el sector Cajamarca-Calarcá, hace parte del corredor vial Bogotá-Buenaventura; corredor fundamental para el adecuado desarrollo del comercio exterior, por conectar al interior del país con el pacífico.

Atendiendo su importancia para la economía del país y a los valiosos recursos económicos que demanda este proyecto, se profirieron entre otros documentos, los descritos por el CONPES número 3846 del 2 de octubre de 2015:

"El documento CONPES 3485 de 2007 declaró la importancia estratégica del proyecto y solicitó al Ministerio de Transporte e Instituto Nacional de Vías (INVÍAS) adelantar los trámites presupuestales correspondientes para su puesta en marcha. Adicionalmente, modificó los documentos CONPES 3150 de 2001 y 3435 de 2006, que hacían referencia a aspectos técnicos, de inversión y de programación para la ejecución del proyecto y de sus obras anexas respectivamente.

Luego, el documento CONPES 3511 de 2008 modificó el plan de inversiones del proyecto establecido en el documento CONPES 3485. A su vez, el documento CONPES 3795 de 2013 incorporó actividades al sistema planteado en el documento CONPES 3485 y al plan de inversiones aprobado mediante el documento CONPES 3511 de 2008 para la puesta en funcionamiento del primer túnel unidireccional del proyecto".

Mediante el documento CONPES número 3846 del 2 de octubre de 2015, se adicionaron otros recursos para la entrada en funcionamiento del proyecto³.

De otra parte, de acuerdo con la información suministrada por el INVÍAS en la audiencia celebrada el día 9 de marzo de 2017, como parte del proyecto Cruce de la Cordillera Central – II Túnel Centenario se celebraron los siguientes contratos:

³ "Este documento CONPES tiene como objetivo modificar el documento CONPES 3795 de noviembre de 2013, en el sentido de identificar las inversiones necesarias para la puesta en funcionamiento del primer túnel unidireccional (Túnel de La Línea) y la segunda calzada entre Calarcá y Cajamarca con todos sus elementos constitutivos. Este proyecto, en ejecución desde el año 2009 por parte del Instituto Nacional de Vías (INVÍAS), ha tenido inversiones programadas por 1,24 billones de pesos constantes de 2015. Sin embargo, para que el túnel entre en funcionamiento definitivo se requieren 594.618 millones de pesos adicionales. Con los ajustes presentados en el presente documento se espera que la operación comience en 2017".

OBRA	ALCANCE	CANTIDAD	VALOR EN MILLONES	% AVANCE	FECHA DE TERMINACIÓN
EXCAVACIÓN TÚNEL PILOTO Y OBRAS ANEXAS	Excavación Excavación	8,5 Km 1,9 Km	174.265	100 %	07/10/2009
TÚNEL PRINCIPAL SEGUNDA CALZADA	Excavación	8,6 Km	958.590	88%	Pendiente aprobación trámite presupuestal CONFIS
	Fallas	3,0 Km			
	Revestimiento	8,6 Km			
	Pavimento	8,6 Km			
	Túneles Cortos	20 Un (3,2 Km)			
	Viaductos	24 Un (4 Km)			
	Obras Cielo Abierto	11,2 Km			
TÚNEL PILOTO	Obra	8,5 Km	113.904	63%	31/12/2017
OBRAS ANEXAS	Túneles cortos Pavimento Viaductos	3 Un 2,9 Km 3 Un	110.407	100%	15/12/2016
INTERCAMBIADOR VERSALLES	Puente Deprimidos Pavimento	1 Un 2 Un 1 Km	100.386	49%	1/05/2018
EQUIPOS ELECTROMECAÑICOS	Equipo para 25 túneles	25 Un	363.000	100 % Estudios y diseños 5% Adquisición de equipos	31/07/2018
Interventorias, Gestión Ambiental, Gerencia Integral	N/A	N/A	149.969	N/A	N/A
VALOR TOTAL			1.970.521		

Fuente: Presentación realizada por INVÍAS el día 9 de marzo de 2017.

2. La contratación pública y los fines estatales

La actividad del Estado debe dirigirse a satisfacer las demandas y necesidades que requiere la colectividad. Para ello, en muchas ocasiones debe recurrir a la ayuda o colaboración de terceros, con quienes se relaciona a través de la celebración de contratos⁴.

⁴ "Si observamos la realidad administrativa de los entes estatales, es evidente la conclusión de que la actividad de la Administración no proviene, ni se realiza, mediante la sola actuación de su voluntad unilateralmente formulada. Es cada vez más frecuente que la Administración establezca vínculos jurídicos con otros sujetos y acuda al concurso de otras voluntades para sus diversas actividades". Allan R. Brewer-Carías. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen III. Civitas, Thomson Reuters, 2013, p. 627. "El Estado

Dentro de este marco, a través de la adquisición de bienes o servicios o la realización de obras, el Estado busca materializar los fines que persigue, de tal suerte que pueda garantizar la prestación continua y eficiente del servicio público, la satisfacción del interés general o la realización de los derechos e intereses de los ciudadanos⁵, tal como se desprende de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 80 de 1993:

"Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines."

Esta finalidad se reafirma nuevamente en el numeral 3º del artículo 25 del estatuto contractual al señalarse:

"3o. Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados".

En línea con las disposiciones anteriores, el artículo 26 de la Ley 80 de 1993 establece expresamente como obligación de los servidores públicos, la búsqueda de los fines que persigue la contratación estatal:

"Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato".

necesita bienes y servicios de terceros para poder mantener su organización, su aparato de gobierno y su funcionamiento. Ciertamente es que para ello a veces recurre a la colaboración forzosa de los particulares, lo que da lugar a la carga pública personal e incluso a la requisición transitoria de dinero o de cosas (empréstito forzoso, uso de cosas muebles o inmuebles); pero también lo es que recurre a acuerdos". Jorge H. Sarmiento García, Sobre los Contratos de la Administración, la ideología de la seguridad jurídica, la "huida" de aquéllos y "la artesanía jurídica", en Tratado General de los Contratos Públicos (Juan Carlos Cassagne (dir)). La Ley, 2013, p. 42.

⁵ "Para el cumplimiento de los fines del Estado, es necesario el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. Luego el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz. Es por ello que el estudio de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado social de derecho, que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución, las cuales se analizan a continuación". Corte Constitucional. Sentencia del 9 de julio de 1992, C-449/92.

La celebración de contratos por parte de la administración corresponde entonces a una actividad administrativa a través de la cual se cumplen los fines⁶ y funciones del Estado⁷ y se logra la satisfacción de las necesidades e intereses de la comunidad⁸.

Frente a este punto, el Consejo de Estado determinó recientemente:

"Ya en anteriores oportunidades ésta Sala había tenido la oportunidad de señalar que conforme a los artículos 2º, 209 y 365 del texto constitucional, la actividad del Estado debe estar encaminada, de un lado, al servicio de los asociados, a la promoción de la prevalencia de los intereses generales y al cumplimiento de los fines estatales y, de otro a garantizar la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos.

Estas disposiciones encuentran cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993 que establece que al celebrar y ejecutar contratos estatales, los servidores públicos deben tener en cuenta que éstos son instrumentos para el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con el estado en la consecución de dichos fines.

*Por su parte, los particulares contratistas deberán tener en cuenta que ostentan la calidad de colaboradores de la administración en el cumplimiento de sus fines y que ejercen una función social que como tal implica obligaciones"*⁹.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional dispuso:

"Para la jurisprudencia constitucional la actividad contractual en el Estado social de derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política como parámetros específicos del cumplimiento de la función

⁶ "La función administrativa tiene como característica esencial, a diferencia de las otras funciones del Estado, la de materializar los fines del Estado, que van desde la efectividad de las libertades, los derechos y los deberes ciudadanos, hasta la prestación de los servicios públicos que es lo mismo que satisfacer las necesidades públicas insatisfechas y, por supuesto, los de llevar a cabo o realizar las aspiraciones de calidad de vida y de prosperidad general". Mario Roberto Molano López, Transformación de la función administrativa. Colección profesores No. 37. Pontificia Universidad Javeriana. 2005, p. 30.

⁷ "Ibidem, p. 134.

⁸ "La contratación estatal, como actividad administrativa, constituye un instrumento facilitador del cumplimiento de los fines y funciones del Estado y la satisfacción de las necesidades e intereses colectivos, mediante el cual las diversas entidades que lo componen pueden recurrir a los particulares o a otras entidades estatales, que cuenten con los elementos o la idoneidad requerida para el cumplimiento de algunas de sus tareas, cuando éstas no puedan satisfacer tales necesidades de manera directa". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2013, Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00037-00(39005).

"En este orden de ideas, la defensa del principio del interés general no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad". Corte Constitucional. Sentencia del 7 de octubre de 2009, C-713/09.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2017, Radicación número: 81001-23-31-000-1997-00678-01(57783).

administrativa y, "en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de Derecho."

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos "instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas.

(...)

En este orden de ideas, la defensa del principio del interés general no solo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad"¹⁰.

La doctrina nacional y extranjera también ha reconocido que la contratación administrativa es un medio para la satisfacción de las finalidades estatales. Así, se ha señalado:

"El contrato, en su concepción genérica, ha sido concebido desde sus más remotos orígenes como un "instrumento" para alcanzar fines diversos y para satisfacer necesidades vitales. En efecto, ya en Roma se distinguía la "causa eficiente" de la "causa final", basando en esta última el concepto global del contrato, lo cual pone de manifiesto el carácter instrumental del mismo.

Los contratos de la administración como es lógico no escapan a este concepto instrumental, en virtud del cual el contrato no constituye el fin mismo, sino uno de los mecanismos que utiliza la administración para cumplir con el cometido estatal. Es más, ese carácter instrumental del contrato toma especial significancia cuando una de las partes contratantes es precisamente el Estado. "El contrato del Estado no es un fin en sí mismo, no agota su causa en el equilibrio de prestaciones determinadas, sino que todo el negocio se coloca en

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia del 8 de agosto de 2012, C-618/12. Asimismo, en otra oportunidad el alto tribunal concluyó: "Por lo anterior cree la Corte que el mandato establecido en el artículo 150 Fundamental, para que el Congreso dicte un estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional, implica el reconocimiento de una amplia libertad de configuración del legislador para diseñar un régimen legal cuya finalidad sea la de propender al logro de los objetivos constitucionales del Estado Social de Derecho, toda vez que el cumplimiento de estas metas requiere del aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. En este orden de ideas, es innegable el carácter instrumental que ostenta el contrato estatal, puesto que no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de septiembre de 2001, C-949/01. "En la contratación estatal está comprometido el interés general, ya que el contrato estatal es un instrumento para cumplir las finalidades del Estado, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios públicos, con la colaboración de los particulares. La prevalencia del interés general, que es uno de los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho de Colombia, conforme a lo previsto en el artículo 1 de la Constitución, implica que la defensa de este interés es una finalidad primordial en materia de contratación estatal y, además, un elemento relevante para su fundamento y estructura. Por ello, la entidad estatal debe cumplir con los antedichos principios y garantizar que los contratistas también los cumplan, tanto en planeación como en la celebración y ejecución del contrato estatal". Corte Constitucional. Sentencia del 5 de agosto de 2015, C-499/15.

bloque al servicio de un interés público polifacético y móvil. Este fin es el verdadero fundamento del contrato del Estado, de tal forma que cuando aquel se desconecta de este, debe procederse a su modificación o liquidación" (...)"¹¹.

Asimismo, el doctrinante Benjamín Herrera indica que el objeto del contrato estatal consiste en alcanzar los objetivos del Estado, dentro de los cuales se encuentran los enlistados en el preámbulo de la Constitución:

"Los contratos buscan alcanzar los objetivos del Estado, que no son otros que los que aparecen en el preámbulo de la Constitución; esto es: asegurar la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, el conocimiento, la libertad, la paz, la democracia y participación, para procurar un orden político, económico y social justo dentro de un estado de bienestar"¹².

Por su parte, el profesor Expósito Vélez ha advertido que el interés público es el elemento que sustenta la actividad contractual de la administración:

"El interés público siempre debe estar presente como sustento de la etapa contractual de nuestra atención, es decir, como causa para contratar, y nunca en la fase preparatoria de los contratos públicos debe ser desplazado, puesto que es de la esencia misma de la formación de la voluntad de la relaciones contractuales del Estado, que se rigen por el interés general"¹³.

Desde el punto de vista de la doctrina extranjera, el profesor Allan R. Brewer-Carías, al referirse al objeto del contrato estatal, destacó:

"Ante todo, y por la finalidad de servicio público que persigue la Administración al celebrar contratos administrativos, el objeto de los mismos debe ser una prestación de utilidad pública o de interés general"¹⁴.

En la misma dirección, Miguel Ángel Bercaitz indicó:

"La finalidad, como elemento del contrato administrativo, consiste en el fin último que se persigue con él, esto es, el interés público (...)"¹⁵.

Por esta razón, la búsqueda de la satisfacción del interés general y de los fines estatales, justifican que en materia de contratación estatal se restrinja la libertad de elegir co-

¹¹ Héctor Riveros Serrato y Laura León Navas, Perspectiva Constitucional de la Ley 80 de 1993, en Régimen de Contratación Estatal (Jorge Pino Ricci (comp.)). Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 13.

¹² Benjamín Herrera Barbosa, Principios de la Contratación Estatal, en Régimen de Contratación Estatal (Jorge Pino Ricci (comp.)). Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 76.

¹³ Juan Carlos Expósito Vélez, La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español. Universidad Externado de Colombia. 2003, p. 533.

¹⁴ Brewer-Carías, ob. cit., p. 591.

¹⁵ Miguel Ángel Bercaitz, Teoría general de los contratos administrativos. 2ª edición. Ediciones Depalma. 1980.

contratante¹⁶ y se le reconozca a la entidad estatal derechos, deberes¹⁷ y facultades para dirigir, vigilar y controlar la ejecución del contrato, en especial, la de ejercer prerrogativas exclusivas del ente público, que permitan el privilegio de su decisión previa¹⁸, tal como ocurre con las reconocidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 que dispone:

"Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

(...)

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión".

¹⁶ "Teniendo en cuenta esas finalidades del interés general que tiene la contratación de la administración pública, ha sido una tradición de los ordenamientos jurídicos limitar su libertad de elección de co-contratante mediante diversos procedimientos de selección, los cuales tienen un objetivo doble: por un lado: garantizar el cumplimiento de los principios de la contratación estatal y, por otro, elegir el ofrecimiento que mejor satisfaga el interés general o, como lo dice la normatividad vigente, realizar una selección objetiva". Juan Carlos Expósito Vélez, El deber de selección objetiva, en Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual, (Jaime Orlando Santofimio y José Luis Benavides (comp.)). Universidad Externado de Colombia. 2009, p. 123-124.

¹⁷ "De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:" Ley 80 de 1993, artículo 4º.

¹⁸ "Por eso lo que define verdaderamente al contrato administrativo es la finalidad, que es una prestación de utilidad pública, para lo cual se le otorgan las prerrogativas, no sólo por el carácter público del sujeto, sino por la actividad que desarrolla.

Las prerrogativas no son un resabio de la autoridad que tenían los monarcas en los regímenes absolutistas anteriores al siglo XVII, como privilegios del poder, sino una potestad jurídica que tiene el Estado para cumplir con el fin público que persigue con la contratación de que se trate. El contratista es un colaborador del Estado en la realización de sus cometidos, al cual éste recurre cuando no lo puede hacer directamente o considera más conveniente que lo haga una empresa u otra entidad (servicios públicos, obras públicas, suministros, etc)". Roberto Enrique Luqui, La Modificación ("Ius Variandi") del contrato administrativo, en Tratado General de los Contratos Públicos (Juan Carlos Cassagne (dir)). La Ley, 2013, p. 5. "En efecto, a través de la actuación contractual la Administración pública aparece en el tráfico jurídico para proporcionar servicios públicos a los ciudadanos y se presenta como garante de los intereses públicos, investida de todo un conjunto de potestades que se justifican, en definitiva, en la medida del servicio objetivo al interés general. (...) En los contratos administrativos, el juego del interés público, al que debe servir objetivamente la Administración, explica su especial posición jurídica y sus potestades en la contratación". Jaime Rodríguez Arana, Las prerrogativas de la administración en los contratos de las administraciones públicas, AFDUDC, 12, 2008, p. 797.

Adicionalmente, la búsqueda de los fines estatales explica el por qué, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito privado, el móvil que guía la actividad contractual de Estado no es la obtención de un lucro económico¹⁹.

Finalmente, resulta de la mayor importancia para resolver la consulta planteada, el mandato contenido en el Estatuto Contractual de tener en consideración los fines del contrato estatal como criterio de interpretación de las normas que rigen el contrato y de las cláusulas que lo integran. En este sentido el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 determina:

"En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos".

3. Los principios de la contratación estatal

Teniendo en cuenta que a través de la contratación estatal las entidades del Estado cumplen sus funciones y realizan los fines del Estado, dicha actividad, durante todo su desarrollo, debe adelantarse con sujeción a una serie de principios²⁰. Así, el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 dispone:

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

¹⁹ "En este contexto, la noción de beneficio hace referencia a la concreción de un propósito que el actor juzga favorable o ventajoso para sí mismo; el concepto no puede reducirse, como lo hacen algunos, a la búsqueda de una ganancia económica. En especial resulta claro, tratándose de la contratación estatal, habida consideración que los beneficios que alientan al Estado a contratar no son de índole económica.

(...)

También la doctrina ha destacado, en idéntico sentido, el móvil no pecuniario subyacente en la gestión contractual del Estado. En esta materia, se ha señalado que:

"[...] aun cuando el Estado mediante sus empresas, realice las mismas o similares actividades que los particulares en el campo industrial y comercial, de gestión económica, en general, no persigue el mismo fin que siempre se proponen con sus actividades los particulares: el provecho económico, para satisfacción de sus necesidades y deseos; no; el Estado al asumir actividades no puramente administrativas permanece siempre vinculado a la imperiosa finalidad de pretender la satisfacción de sus necesidades sociales generales". Luis Guillermo Dávila Vinuesa, Régimen jurídico de la contratación estatal. Legis Editores S.A., 2016, p. 3.

²⁰ "La Sala ha sostenido de manera reiterada que la contratación estatal en Colombia tiene un claro fundamento constitucional, comoquiera que representa uno de los medios que utilizan las entidades públicas para cumplir adecuadamente sus funciones constitucionales y legales y realizar los fines del Estado, en colaboración con los particulares o de otras entidades estatales. Por tanto, toda la actividad contractual, desde la planeación de los futuros procesos de contratación hasta la liquidación de los contratos celebrados y ejecutados, debe tener en cuenta los principios y valores consagrados en la Constitución Política". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de agosto de 2015, Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00118-00(2260).

de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo."

Por ello, se ha considerado que la Ley 80 de 1993 es un estatuto basado en principios²¹, lo cual permite a la administración ponderar dichos mandatos de optimización, cumplir el fin del contrato y obtener una selección objetiva de forma ágil y dinámica²².

Según la jurisprudencia, los principios que rigen el contrato estatal:

"[N]o son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice (...) son aplicables de manera estricta (...) "²³.

En consecuencia, corresponden a normas jurídicas que establecen un deber ser e imponen un determinado comportamiento, cuyo desconocimiento puede ser sancionado²⁴. Son igualmente una herramienta fundamental para interpretar las disposiciones jurídicas y fuente formal para definir controversias cuando no exista norma que permita resolverlas²⁵.

²¹ Luis Alonso Rico Puerta, Teoría general y práctica de la contratación estatal. 4ª edición. Editorial Leyer. 2005, p. 15.

²² "De modo que, el objetivo de la ley 80 de 1993 fue establecer, precisamente, un estatuto contractual de la administración pública basado en principios, de tal forma que se permitiera la ponderación de esos mandatos de optimización y a las entidades contratantes elaborar y desarrollar procesos de selección –que con independencia al carácter reglado que se deriva del principio de planeación– fueran más ágiles y dinámicos sin caer en la excesiva reglamentación, detalle y direccionamiento". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 12 de junio de 2014, Radicación número: 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324).

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2013, Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00037-00(39005).

²⁴ "Los principios, al igual que las reglas, son considerados normas jurídicas toda vez que establecen un deber ser y demandan un determinado comportamiento. De allí que sean fuente de derecho, integren el ordenamiento jurídico y su desconocimiento pueda ser sancionado". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de agosto de 2015, Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00118-00(2260).

²⁵ "Además, los principios funcionalmente son soporte estructural del sistema, puesto que establecen los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interesa al derecho, se convierten en pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas, y constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410); 1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) Acumulados-.

"El estudio de los principios de la contratación estatal es particularmente interesante por estar atados a las finalidades de la función administrativa y a los fines propios del Estado, lo que permite a la jurisprudencia con fundamento en dichos principios, resolver situaciones que por la lentitud de los cambios normativos no están en capacidad de remediar. Es por eso que el análisis de los principios no debe verse como una introducción teórica a apartados más prácticos, sino como una herramienta a ser utilizada en toda actuación contractual de La Administración y en la solución de casos reales a los que el operador jurídico deba enfrentarse". Juan David Duque Botero, La contratación de la administración pública, en Instituciones de

De acuerdo con el citado artículo 23 de la Ley 80 de 1993, al contrato estatal le son aplicables los principios de transparencia, economía y responsabilidad²⁶. En cuanto al proceso de licitación, de igual manera aplicable a cualquier proceso de selección, el parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, permite deducir los principios de libertad de concurrencia, igualdad y publicidad.

A través del principio de transparencia, el cual es desarrollado por el artículo 24 del estatuto contractual²⁷, no sólo se materializan otros principios como los de publicidad e igualdad, sino también se evita la corrupción y se satisface el interés general²⁸.

Derecho Administrativo (Hugo Andrés Arenas Mendoza (editor), Tomo II, Grupo Editorial Ibañez, Editorial Universidad del Rosario, 2016, p. 148.

²⁶ "Con la consagración de los principios de transparencia, economía y responsabilidad se establecen las garantías para que la contratación se consolide como un eficaz instrumento para el cumplimiento de los objetivos estatales". Ernesto Matallana Camacho, Manual de contratación de la administración pública. 3ª edición. Universidad Externado de Colombia. 2013, p. 317.

²⁷ "En virtud de este principio: 1o. <Numeral derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007>. 2o. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. 3o. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política. 4o. Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios. 5o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> En los pliegos de condiciones ~~o términos de referencia~~: a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección. b) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierto de la licitación o concurso. c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato. d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren. e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad. f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos ~~o términos de referencia~~ y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados. 6o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> En los avisos de publicación de apertura de la licitación ~~o concurso~~ y en los pliegos de condiciones ~~o términos de referencia~~, se señalarán las reglas de adjudicación del contrato. 7o. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia. 8o. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto. 9o. Los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales, no podrán incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público".

²⁸ "La transparencia es uno de los principios en los que se fundamenta la Ley 80 de 1993 y está relacionado con la pulcritud y claridad con que han de realizarse las actuaciones de la Administración al momento de

Adicionalmente, el principio de transparencia garantiza la imparcialidad de las autoridades administrativas y la escogencia objetiva e imparcial de los contratistas²⁹.

En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia de esta corporación ha identificado como expresiones del principio de transparencia: i) la igualdad de todos aquellos interesados en contratar con la entidad, ii) la existencia de reglas y condiciones objetivas, neutras y claras para la presentación de ofertas, iii) el reconocimiento del derecho a la contradicción, iv) la publicidad de las actuaciones, v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación de las propuestas y de los actos de adjudicación o de la declaratoria de desierta de la licitación, y vi) la selección objetiva del contratista que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la entidad³⁰.

Por su parte, el principio de economía demanda que la administración cumpla con los procedimientos y las etapas estrictamente necesarias para garantizar que la oferta seleccionada sea la más adecuada para la entidad³¹. Adicionalmente, este principio

llevar a cabo el proceso de construcción de un contrato, con el fin, en otras cosas, de combatir los posibles eventos de corrupción que podrían asomar durante este proceso. (...) Se trata entonces de un principio que busca dotar de una serie de garantías la actividad contractual estatal para que ésta se lleve a cabo con plena publicidad, con respeto de la igualdad de oportunidades de quienes pretenden contratar con el Estado, de manera imparcial, y con el fin de satisfacer el interés general, todo con el objeto de que la Administración elija la oferta más favorable a sus intereses. (...) En definitiva, el principio de transparencia, actúa como garantía de otros principios de la contratación estatal, por ello su finalidad es, entre otras, asegurar que se lleven a cabo procesos de selección objetivos, que la Administración tome decisiones motivadas que se hagan públicas y que puedan ser controvertidas por los interesados". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2009, Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00037-00(39005).

²⁹ "Desde la perspectiva conceptual, el principio más impactado con la reforma a la ley de contratación es el de transparencia, referido a la multiplicidad de reglas procedimentales tendientes a hacer pública e imparcial la selección de contratistas para el Estado. Implica en todo momento una profunda ruptura con el ejercicio personalizado o subjetivo del poder, y la consolidación de mecanismos participativos y amplios que hagan sólidos los postulados del interés público y general. (...) Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser cristalina, clara, iluminada, transparente. Se trata, sin duda, de un postulado que pretende combatir la corrupción estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicados a la función administrativa". Jaime Orlando Santofimio, Aspectos relevantes de la reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública, en Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual, (Jaime Orlando Santofimio y José Luis Benavides (comp.)). Universidad Externado de Colombia. 2009, p. 57. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01218-01(37463).

³⁰ "El principio de transparencia dispone que la selección de los contratistas debe "edificarse sobre las bases de i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; vi) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la administración". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de julio de 2015. Radicación número: 76001-23-31-000-2001-01009-01(31683)A.

³¹ "De acuerdo con lo que se ha dicho, este principio exige al administrador público el cumplimiento de "procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable (...)". En efecto, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 especifica que dichos requisitos deben cumplirse con anterioridad a la apertura de los procesos licitatorios o invitaciones a proponer, y en todo caso,

impone reconocer la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, lo cual conlleva entender que los procedimientos de contratación deben dirigirse a la satisfacción de los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a garantizar los derechos de los administrados³². En este sentido, el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispone:

"Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados".

Asimismo, este principio impide a las autoridades dar inicio a los procesos de contratación si no existen las partidas o disponibilidades presupuestales y les impone el deber de revisar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, obtener las autorizaciones correspondientes y elaborar los estudios, diseños, proyectos y los pliegos de condiciones³³. Finalmente, en atención al principio de economía, los contratos que celebre la administración deben ser los necesarios para el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción del interés público³⁴.

nunca después de la suscripción de los contratos. Los requisitos son, entre otros, la existencia de las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales; los estudios de conveniencia del objeto a contratar; las autorizaciones y aprobaciones necesarias para la contratación; estudios, diseños y proyectos que sustenten el pliego de condiciones; reservas y compromisos presupuestales; etc". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 31 de enero de 2011, Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767).

³² "En primer lugar, se resalta que el principio de economía, implica la prevalencia del derecho sustancial sobre la forma, para lo cual el administrador debe interpretar las normas de los procedimientos de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias (art. 25 No. 2). Así mismo, se debe tener en consideración que los procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados (art. 25 No. 3)". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410); 1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) Acumulados-.

³³ "En tercer lugar, y en cumplimiento también del deber de planeación y el principio de buena fe precontractual, las entidades estatales no pueden iniciar procesos de contratación si no existen las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales (No. 6 art. 25); igualmente, deben con antelación al inicio del proceso de selección del contratista analizar la conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y obtener las autorizaciones y aprobaciones para ello (No. 7 art. 25), así como elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia (No. 12 art. 25)". Ibidem.

³⁴ "El principio de economía nos indica además, que los contratos que deseen celebrar las autoridades administrativas deben ser los necesarios para el cumplimiento de los fines del Estado y el interés público, conforme a los principios de planeación y buena fe. Es por eso que el objeto y contenido de los contratos debe ser idóneo para satisfacer las necesidades, para lograr el mayor costo beneficio." Juan David Duque Botero, La contratación de la administración pública, en Instituciones de Derecho Administrativo (Hugo Andrés Arenas Mendoza (editor), Tomo II, Grupo Editorial Ibañez y Editorial Universidad del Rosario, 2016, p. 153.

El tercer principio que guía la actividad contractual de la administración es el de responsabilidad, el cual exige que se adelante una estricta vigilancia del proceso contractual y del contrato, lo cual incluye la obligación de valorar objetivamente las ofertas presentadas a la luz de lo dispuesto en los respectivos pliegos de condiciones³⁵. Desde el punto de vista de los contratistas, el principio de responsabilidad tiene el siguiente contenido:

"En cuanto a los particulares contratistas, así como de los asesores, consultores e interventores que participen en los procesos contractuales, también se dispone que deberán responder, incluso civil y penalmente, por las conductas dolosas o culposas en que incurran en su actuar contractual o precontractual, específicamente los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato (No. 6 Ídem), o por haber ocultado al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa (No. 7 Ídem) y, por supuesto, por la buena calidad del objeto contratado (No 8 Ídem).

*Como puede apreciarse este principio apunta a que los sujetos que intervienen en la actividad contractual (Estado, servidores y contratistas) actúen en el estricto marco de la legalidad, en cumplimiento de los deberes y obligaciones que le corresponde a cada cual, sin el ánimo y predisposición de inferir daños y con la diligencia y cuidado que es exigible en un ámbito que como la contratación pública se fundamenta en el interés general, so pena de incurrir en diferentes tipos de responsabilidad"*³⁶.

Ahora bien, los principios de transparencia, economía y responsabilidad que regulan la contratación estatal, como los principios de libertad de concurrencia, igualdad y publicidad propios del proceso de selección, no son los únicos aplicables, pues al tratarse de una actividad administrativa³⁷, y como se desprende también del referido artículo 23 de la Ley 80 de 1993, se pueden aplicar los principios establecidos en los artículos 209 de la

³⁵ "Por su parte, el principio de responsabilidad, impone al servidor público la rigurosa vigilancia de la ejecución del contrato, incluida la etapa precontractual, por cuanto atribuye la obligación de realizar evaluaciones objetivas sobre las propuestas presentadas, de acuerdo con los pliegos de condiciones efectuados con anterioridad". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 31 de enero de 2011, Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767).

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01(25206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01(25409); 1100-10-326-000-2003-000-10-01(24524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00(27834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01(25410); 1100-10-326-000-2003-000-71-(26105); 100-10-326-000-2004-000-34-00(28244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01(31447) Acumulados-.

³⁷ "La Administración acude a la contratación como una vía para el cumplimiento de sus cometidos. Por consiguiente, la contratación administrativa es una parte de la actividad administrativa.

Al ser una parte de la actividad administrativa, rigen en el ámbito de la contratación administrativa los principios que informan la actividad administrativa". Augusto Durán Martínez, El contrato administrativo en Uruguay, en Tratado General de los Contratos Públicos (Juan Carlos Cassagne (dir)). La Ley, 2013, p. 91.

Constitución Política y 3º de la Ley 1437 de 2009, a los que hay que agregar además, otros principios incorporados por vía jurisprudencial³⁸.

Dentro de la actividad contractual del Estado también tienen lugar dos importantes deberes, el de planeación y selección objetiva³⁹.

De acuerdo con la jurisprudencia, el deber de planeación, el cual tiene desarrollo constitucional y legal en los artículos 209, 339 y 441 de la Constitución Nacional, 6,7,11, 12, 13, 14, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993, 8º de la Ley 1150 de 2007 y 87 de la Ley 1474 de 2011, implica que la selección de los contratistas y la celebración, ejecución y liquidación de los contratos deben ser el resultado de una actividad programada y preconcebida que se encuentra alineada con las estrategias y orientaciones de las políticas estatales⁴⁰. De esta suerte:

³⁸ "De acuerdo con la Ley 80 de 1993, el proceso de selección de la licitación pública se encuentra sometido a los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva -artículos 24 y ss.-. A los cuales la doctrina y jurisprudencia, han agregado, entre otros, los principios de legalidad -artículos 6, 121 y 122 C.P.-, igualdad -artículo 13 C.P.- y libertad de concurrencia, debido proceso y derecho de defensa y contradicción -artículo 29-, buena fe -artículo 83 C.P.-; responsabilidad -artículo 90 C.P.-, prevalencia del derecho sustancial -artículo 228 C.P.-, interés público -artículo 2 C.P. y concordantes como el 3º de la Ley 80 de 1993-. Por lo demás, como la etapa precontractual que adelanta la administración constituye un típico procedimiento administrativo, está sujeta a los principios orientadores para el desarrollo de la función administrativa de moralidad, economía, celeridad, eficacia, eficiencia, imparcialidad, publicidad y contradicción -artículos 3º del C.C.A. y 209 C.P.-". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-1997-13723-01(29942). "No debe perderse de vista que la gestión contractual de la Administración Pública, básicamente regulada por la Ley 80 de 1993, para la época de los hechos, está al servicio del interés general y afecta los fines esenciales del Estado, por lo cual debe cumplirse con sujeción a los principios que rigen la contratación estatal, entre los cuales se destacan los de transparencia, economía y responsabilidad; así mismo se impone la observancia de los postulados que orientan la función administrativa, señalados en el artículo 209 de la Carta Política, además de la aplicación de las reglas de interpretación de la contratación, los Principios Generales del Derecho y específicamente los del Derecho Administrativo". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2012, Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04175-01(19932).

³⁹ "La eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial los de transparencia y economía, depende en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva.

Por supuesto que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también aseguran la eficacia de todos los principios que la rigen y por ende la efectiva satisfacción del interés general que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2017, Radicación número: 81001-23-31-000-1997-00678-01(57783).

⁴⁰ "La Sección Tercera del Consejo de Estado ha resaltado la importancia creciente del deber de planeación en la contratación estatal, en los siguientes términos:

"En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado".

"[L]a decisión de la Administración de un objeto determinado con la colaboración de un particular o de otra entidad pública requiere de una análisis previo de la necesidad y especificaciones del mismo, la oportunidad y conveniencia de su ejecución en un momento determinado y las consecuencias fácticas y patrimoniales de su consecución. Dicho análisis supone: adelantar estudios previos, tanto técnicos como de mercado, con el fin de determinar la prioridad, lineamientos y finalidades de su elaboración; la obtención de permisos y licencias de conformidad con la ley aplicable al caso concreto; la coordinación de las actividades de la Administración para su adecuada ejecución con el fin de evitar un conflicto con las labores propias de la entidad contratante; y, principalmente, la delimitación de un presupuesto acorde con la realidad económica y correspondiente con la magnitud del proyecto, la determinación de los riesgos previsibles y la maduración de los proyectos"⁴¹.

A juicio de la Sala, se trata de un deber de planeación a cargo principalmente de la entidad estatal, el cual tampoco es indiferente para el oferente – contratista, quien, en el marco del deber impuesto por el artículo 3º del Estatuto, comporta su obligación de advertir y de informar a la entidad sobre las inconsistencias e irregularidades que conozca y observe en el proceso precontractual o de ejecución del contrato, como corresponsable de lograr el fin contractual, hasta el punto que, su omisión, pueda derivar en una eventual concurrencia de culpas⁴².

Por su parte, el deber de selección objetiva del contratante, reconocido en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2005⁴³, tiene como finalidad que el contratista sea escogido a través de la aplicación de factores objetivos y precisos, de tal manera que dicha selección no responda a una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva⁴⁴. Con esto se pretende

Como puede advertirse, el deber de planeación no solo es importante en la etapa precontractual, sino durante toda la vida del contrato, lo que incluye su modificación e incluso su terminación y liquidación. En este sentido, para la Sala es claro que el contrato estatal no puede ser una aventura, fruto de la improvisación y de la mediocridad". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de agosto de 2015, Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00118-00(2260).

⁴¹ Juan Carlos Expósito Vélez, Forma y contenido del contrato estatal. Serie de Derecho Administrativo No. 19. Universidad Externado de Colombia. 2013, p. 51.

⁴² "De concluirse que el contratista bien pudo conocer esa situación y advertir a la administración de la sinrazón de los plazos de ejecución sin contar con los predios, tendría que compartir con la administración la responsabilidad por la no ejecución de la obra en los tiempos estimados inicialmente.

En síntesis, la obligación de cumplir el principio de planeación comprende naturalmente la fase precontractual y tanto la administración como los interesados, grupo del que saldrá el contratista, tienen que saber y conocer todos los detalles del contrato, en especial, las condiciones de inicio de obra. El ocultamiento malicioso de información perjudica a quien la oculta.

Ahora, la suscripción imprudente de un contrato, como cuando se firma un contrato que no está listo para ponerse en ejecución, podría generar responsabilidad compartida por los incumplimientos derivados de esa falta de previsión, según el caso y el tipo de obligación frente a cada parte". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 21 de agosto de 2014. Radicación número: 11001-03-15-000-2013-01919-00(AC).

⁴³ "Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:"

⁴⁴ "El principio de selección objetiva -previsto inicialmente en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993-, constituye uno de los más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de

escoger la mejor propuesta para la entidad, que permita satisfacer las necesidades públicas y garantizar el interés público⁴⁵.

De esta suerte, de los mandatos y principios contenidos en los artículos 209 de la Carta Política, 3º, 25, 26 y 28 de la Ley 80 de 1993 y 3º de la Ley 1437 de 2011, se desprende el deber jurídico de la Administración de tomar todas las medidas necesarias y conducentes para alcanzar el fin perseguido en el contrato, de tal forma que se logre la satisfacción de los fines estatales y se garantice la continuidad del servicio público.

4. El contrato de obra

El contrato de obra es definido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes términos:

*"Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago"*⁴⁶.

los demás, como quiera que persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, buena fe, economía y responsabilidad". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-1997-13723-01(29942). "La selección del contratista es uno de los aspectos más importantes dentro de la contratación del Estado, por cuanto su aplicación deriva en un resultado que no depende de la simple voluntad de la Administración contratante, "sino de la observancia de un procedimiento establecido por la ley encaminado a la materialización y expresión de la voluntad administrativa". Por ello, la obediencia y cumplimiento de todas sus aristas se hace imperativa ante la presencia de una necesidad de continua y eficiente prestación de un servicio público por medio de un colaborador, el cual no puede ser elegido a la luz de consideraciones subjetivas e internas del Estado-contratante, sino que ha de hacerlo en obediencia de mandatos superiores que se imponen en virtud de la aplicación irrestricta del principio de legalidad en toda la actuación administrativa, y principalmente de aquella de carácter contractual". Expósito, 2013, ob. cit, pp. 55-56.

⁴⁵ "En este sentido, en la contratación estatal se ha erigido el principio de la selección objetiva como pilar fundamental en los procesos de selección, y precisamente dicho principio, hace alusión a que la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella persigue, como resultado de ponderar los factores o criterios de calificación que se establezcan en los pliegos de condiciones o sus equivalentes. El principal fin de la selección objetiva es el de escoger la mejor propuesta para la administración, que permita satisfacer las necesidades públicas y, por ende, garantizar el interés público". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de marzo de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02480-01-(28040). "Por lo tanto, no hay duda que en cualquier concurso público o de licitación pública, se hace imperativo la observancia del procedimiento establecido regulado para cada una de ellas, entre los que se destaca el deber de selección objetiva, con lo que se evita que la Administración Pública adopte decisiones con el ánimo de favorecer a una persona o a un grupo determinado de personas, violando de esta manera principios como el de igualdad y de imparcialidad". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de julio de 2014, Radicación número: 25000-23-26-000-1997-15154-01(26333).

⁴⁶ "Retomando el contexto específico de la conexidad funcional, debe decirse que a través del contrato de obra se busca ejecutar la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, que se realice cualquier

Dentro de las modalidades que puede adoptar este contrato⁴⁷, se encuentra la de "llave en mano", negocio jurídico que en términos generales consiste en un acuerdo de voluntades en virtud del cual una parte se compromete frente a otra, a cambio de una remuneración, a diseñar, construir y poner en marcha y lista para su funcionamiento una determinada obra⁴⁸.

Frente al contrato de "llave en mano", la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

*"En virtud del contrato llave en mano, el contratista se compromete a llevar a cabo una obra, incluyendo los estudios previos, la ejecución de la construcción, el suministro de equipos y la puesta en operación de la obra al momento de su entrega. En general, aunque el contrato llave en mano no se limita a la elaboración de una obra material, se ha considerado como una modalidad especial del contrato de obra pública o de construcción de un bien inmueble"*⁴⁹.

tipo de trabajo material sobre un bien inmueble (objeto abstracto del contrato de obra pública)". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de julio de 2016, Radicación número: 85001-23-31-000-2002-00362-01(35763).

⁴⁷ "Los contratos llave en mano están regulados en nuestro estatuto contractual bajo la denominación de "Contrato de Obra" (artículo 32, num. 1º). (...) Con todo, el contrato llave en mano ofrece ventajas cuando integra previamente tecnología local, permite la desagregación tecnológica y la asimilación de tecnología". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 16 de diciembre de 1997, Radicación número: 1013.

⁴⁸ "El término turnkey tiene su origen en el sector de la construcción, así como en las industrias de gas y petróleo en los Estados Unidos de América. La palabra turnkey "parece ser la sustantivación de la acción de dar vuelta a una llave...". Este vocablo trata de describir la obligación más amplia del contratista para hacerse cargo del diseño y construcción; a su vez el cliente sólo debe definir los criterios de funcionamiento del proyecto para contratar y remunerar al contratista a fin de recibir las instalaciones terminadas e iniciar la operación dándole sólo "vuelta a la llave". (...) Con todo, es posible decir que el contrato llave en mano de construcción es un contrato por virtud del cual el contratista se obliga frente al cliente a proveerle el diseño, construcción y puesta en marcha de las instalaciones a fin de entregarlas listas para el uso u operación a cambio de un precio acordado. En igual forma, los vocablos "llave en mano" describen aquellos contratos al amparo de los cuales el comprador adquiere del contratista un "paquete integrado de bienes y servicios necesarios para un proyecto, que incluye el diseño, conocimientos técnicos y demás propiedad intelectual, equipo y materiales, edificación, construcción, etcétera". Orlando Federico Cabrera Colorado, Contrato Internacional Llave en mano: Un acierto para la infraestructura en México. Revista Cuarta Época, No. 6, Julio-Diciembre de 2014. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 5-6. "Dentro de los distintos esquemas seguidos por los organismos internacionales y las organizaciones de ingeniería, la referencia general a los contratos «llave en mano», desde la práctica comercial del Common law, comprende todos aquellos contratos en los que el contratista se obliga frente al cliente a poner a su disposición los elementos necesarios para la completa ejecución de la instalación o planta industrial, en la que se ha de entender implícita la incorporación de tecnología, hasta, al menos, su puesta en funcionamiento. De modo que este instrumento jurídico no sirve solamente para la entrega de una obra, sino que incorpora un plus intelectual, que puede ser utilizado con una finalidad industrial, así como los medios adecuados para que el propietario o cliente pueda proceder a su adecuada explotación". Luis Hernando Cebriá, Una aproximación a los contratos de instalación industrial «llave en mano» en el marco de la contratación contemporánea, en ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. IV, p. 1673. Véase igualmente: AFM Maniruzzaman, The new generation of energy and natural resource development agreements: some reflections, en Journal of Energy and Natural Resources Law, Vol. 11, 1993, p. 219.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 13 de marzo de 2008, Radicación número: 66001-23-31-000-2001-01344-01(15009). "Los contratos 'llave en mano' donde se pacta un resultado, para entregar el objeto contratado en pleno funcionamiento, pueden incorporar prestaciones de suministro de bienes, construcción de obras y prestación de servicios". Consejo

Por su parte, la justicia arbitral ha concebido el contrato de "llave en mano" de la siguiente forma:

"En el contrato 'llave en mano', el contratista tiene la obligación global de suministrar materiales y maquinaria; transportar los mismos; realizar las obras civiles; instalar, montar y entregar en funcionamiento la obra proyectada. En determinados casos, también es posible incluir en este tipo de contrato otras obligaciones posteriores a la ejecución de la obra, como la formación de personal y la asistencia técnica.

Para una mejor comprensión del contrato 'llave en mano', debe aclararse que este negocio constituye una modalidad especial de contratación del contrato de confección de obra.

El contrato 'llave en mano' implica especialización del contratista, así como la obligación de este de entregar un producto terminado. Para ello asume la obligación global de realizar todas las prestaciones necesarias, coadyuvantes o complementarias de la obra por realizar"⁵⁰.

En materia de infraestructura, los contratos de "llave en mano" son concebidos como mecanismos eficaces para reducir costos, plazos y riesgos, pues a través de un solo proceso se contrata el diseño de las obras y su construcción, lo cual disminuye los riesgos en materia de diseños, fuente común de conflictos y sobre costos en la contratación

de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 9 de marzo de 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312)A.

⁵⁰ Tribunal de Arbitramento. Laudo arbitral del 31 de Julio de 2003. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Radiotrónica S.A. (hoy Avanzit S.A. sucursal de Colombia) v. Teleconsorcio S.A., Telepremier S.A., NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & Co. Ltd. y Sumitomo Corporation. Colección Laudos Arbitrales Legis. S.A. "Para evitar confusiones hay que aclarar que 'llave en mano' es una modalidad de contratación. El ámbito natural de esta modalidad es el contrato de obras, entonces esa será la clase de contrato: de obra, en oposición a otras clases como suministro, servicios, etc. El contrato 'clé en main', implica especialización del contratista así como la obligación de este de entregar un producto plenamente terminado y en 'marcha'. Para ello asume una obligación global de realizar todas las prestaciones necesarias, coadyuvantes o complementarias de la obra a realizar. Lo anterior, en la mayoría de los casos puede tener como efecto que las ofertas tiendan a ser sumamente complejas por lo que se tiende a formas directas de elección del contratista, esto es, en la búsqueda del contratista especializado que permita poner en funcionamiento el servicio. En virtud de lo anterior se clasifican los contratos llave en mano como: Contratos 'llave en mano' mixtos. Cuando una parte del proyecto es tradicional (obra tradicional) y la otra es llave en mano, en cuanto se pone en funcionamiento pleno el servicio. Contratos 'llave en mano' parciales. Cuando se contrata de forma tradicional todo el proyecto (obra), pero se subcontrata su puesta plena en funcionamiento. Contratos semi 'llave en mano'. Cuando el contratante celebra varios contratos siendo uno de ellos llave en mano y encarga a este último contratista la coordinación de los demás contratos. Con base en la diferencia de contenidos en la práctica: Contratos 'llave en mano' simples o parciales. Cuando el contratista concibe la obra, suministra bienes de equipo y materiales y pone en funcionamiento la obra de conformidad a lo estipulado en el contrato mientras que el contratante realiza la instalación bajo la supervisión y asistencia del primero. Contratos 'llave en mano' completos o clásicos. Cuando el contratista concibe, construye y pone en funcionamiento del proyecto. Contratos 'llave en mano' de funcionamiento amplio. Cuando junto a las prestaciones clásicas del contrato (vgr. Ejecución de obra) el contratista asume otras obligaciones complementarias relativas a la formación del personal local (capacitación y seguimiento) o asistencia técnica para el funcionamiento". Laudo Arbitral Concesión Santa Marta Paraguachón v. Instituto Nacional de Vías. Mayo 31 de 2004. Colección Laudos Arbitrales Legis. S.A.

pública⁵¹. Asimismo, es el contratista quien por regla general asume los demás riesgos derivados del proyecto⁵².

Comúnmente, los contratos de "llave en mano" se acuerdan por un precio alzado o global⁵³, lo cual trae importantes ventajas para quien encarga la obra, pues en principio no tendría que incurrir en costos adicionales y puede conocer de antemano el monto de la inversión que debe realizar, aspecto igualmente útil para la seguridad de los terceros que financian el proyecto⁵⁴.

⁵¹ "El uso de contratos llave en mano en obras de infraestructura (o de contrato conjunto de diseño y obra) se propone usualmente como una solución eficaz para reducir costos y plazos de transacción en la licitación de obras, ya que en un solo proceso se lleva a cabo la licitación del diseño de las obras y su construcción; lo que a la vez responsabiliza al contratante de los diseños lo cual reduce en principio los riesgos asociados con "errores de diseño" que son una causa normal de significativos conflictos y sobrecostos de las obras. También se argumenta que este mecanismo permite suplir las deficiencias del organismo ejecutor para contratar obras". Jorge Ducci, Omar Garzonio, Henry A. Moreno Moreno, Manuel José Navarrete, Alejandra Perroni y Rodrigo Riquelme, Riesgos de contratos llave en mano. Banco Interamericano de Desarrollo, 2013, p. 2

⁵² "Los contratos llave en mano son una herramienta muy útil para desarrollar infraestructura, en particular cuando el cliente es un Estado, ya que le permite tener un mejor manejo de los riesgos, asignándolos en su mayoría al contratista. Como consecuencia existe una multiplicidad de obligaciones que el contratista debe cumplir, mismas que deben ser cuidadosamente negociadas para llevar a buen término la ejecución del proyecto, incluso ante la eventual defensa en los procedimientos de solución de controversias". Cabrera Colorado, ob. cit., 4.

⁵³ "La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha ocupado de los contratos de obra pública "a todo costo", "a precio alzado" o "a precio global", conceptos sinónimos, señalando que son aquellos en los cuales el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija, en la cual están incluidos honorarios, utilidad, vinculación de personal, subcontratos, obtención de materiales, impuestos, costos que implican el manejo del componente social y ambiental y en general todos los gastos requeridos para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. (...) En ese orden, atendiendo a la jurisprudencia y la doctrina antes reseñada el contrato de obra por el sistema de pago de precio global o a todo costo, incluye los denominados costos directos e indirectos de la obra y no puede dar lugar al reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra. (...) Atendiendo a lo anterior, se puede concluir que el precio del contrato estatal a todo costo o a precio fijo comprende los costos directos e indirectos, los primeros son los recursos que se van a utilizar para la ejecución del objeto contractual y los segundos son aquellos gastos que si bien no inciden en forma directa, si afectan su valor. Así mismo, dentro de los costos indirectos está el denominado A.I.U. (Administración, Imprevistos y Utilidad) el cual, como se dijo forma parte del valor total del contrato". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 1 de septiembre de 2016, Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00436-01. Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2011, Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).

⁵⁴ "Como ya ha sido apuntado, con carácter general los riesgos se mantienen en la parte del contratista hasta la entrega del conjunto y del proyecto completamente instalado. Además, en principio, la determinación de un precio alzado permite a la empresa cliente adquirir certeza acerca de la inversión que ha de realizar para la obtención de la instalación industrial. Ello afecta, asimismo, a la seguridad de la contratación en caso de la concurrencia de terceros que financien el proyecto (véase el «project finance»). A través de la determinación del precio, en particular en los casos en que se pacte un precio alzado por la totalidad de las prestaciones del contrato «llave en mano», que será lo más usual, la entidad que financie del proyecto puede conocer los términos de la inversión requerida. (...) Generalmente el contratista acepta en estos contratos, por todas las prestaciones y hasta la completa ejecución del proyecto, un precio global o alzado (Lump Sum Turnkey -LSTK-). Cebriá, ob. cit., pp. 1678, 1687.

Otra de las modalidades bajo las cuales puede celebrarse el contrato de obra es la denominada a precios unitarios, la cual, en términos generales se caracteriza porque el precio del contrato se establece por unidades o cantidades de obra y su valor es el resultado de multiplicar las cantidades de obra ejecutada por el precio de cada una de ellas⁵⁵.

Frente a los precios unitarios y la forma de determinar el precio final del contrato, la Sala ha señalado:

"Aunque el estatuto contractual vigente dejó a las partes de un contrato estatal la posibilidad de convenir la forma de pago, la jurisprudencia y la doctrina conservan los términos de la definición legal transcrita para caracterizar el contrato de obra pública en el que se conviene como forma de pago el precio unitario; y en el mismo sentido se incorpora en los contratos; así ocurre en el contrato 557 de 2004 que da origen a la consulta que ahora responde la Sala.

Se acepta entonces, sin necesidad de definición legal, que el contrato de obra a precio unitario es aquél en el que el precio del objeto contractual a cargo del contratista, se configura por tres elementos: una unidad de medida, el estimativo de la cantidad de cada medida y u (sic) precio por cada unidad; siendo claro que lo más probable es que el monto del precio del objeto contractual sea uno al momento de la celebración del contrato y otro cuando concluya la ejecución, como pasa a explicarse.

(...)

Tratándose de contratos de obra, que en el proceso previo al de selección se determina adelantar bajo la modalidad de pago por precios unitarios, los pliegos o su equivalente, la adjudicación y el consiguiente contrato, recogerán una suma como precio, que corresponde a un "valor inicial" en la medida en que resulta de multiplicar las cantidades de obra contratadas por el precio unitario convenido.

(...)

Pero a lo largo de la ejecución del contrato, ese precio inicial sufrirá variaciones, bien porque las partes hayan acordado reajustar periódicamente cada precio unitario, bien porque la cantidad de obra contratada aumente o disminuya, o bien por la concurrencia de ambas situaciones. Entonces, finalizado el contrato, porque se concluyó su objeto o por otra circunstancia, el resultado de multiplicar los precios unitarios reajustados por la cantidad de obra efectivamente ejecutada, determinará el "valor final"⁵⁶.

⁵⁵ Frente a la modalidad de precios unitarios la doctrina ha señalado: "son aquellos en los cuales se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije". Rico Puerta, ob. cit., p.149.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 9 de septiembre de 2008, Radicación numero: 11001-03-06-000-2008-00060-00(1920). Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de julio de 2002, Radicación numero: 1439.

5. Algunas consideraciones respecto del contrato No. 3460 de 2008

A continuación se presentan algunos aspectos relevantes del contrato No. 3460 de 2008, especialmente los relacionados con sus modificaciones, valor, pago y estado:

5.1. Las modificaciones del contrato

El contrato No. 3460 de 2008 sufrió a lo largo de su plazo de ejecución múltiples modificaciones, las cuales fueron resumidas en el acta de entrega y recibo definitivo del módulo 1 de la obra, así:

Modificación No. 1	Firmada el 27 de Enero de 2009 – Modificación numeral 41.1 de la Cláusula 41.
Modificación No. 2	Firmada el 30 de Junio de 2009 – Modificación Cláusula 4 "Vigencia del contrato y plazo de ejecución" – Modificación cláusula 5- Etapas de Ejecución del Contrato" – Se modificó la fecha de iniciación de la etapa de Construcción, la cual es diferente a la de iniciación.
Modificación No. 3	Firmada el 25 de julio de 2011, en la cual se modifica el Apéndice E Programación y Sistema de seguimiento numerales 3.1, 3.2 y 3.3.
Modificación No. 4	Firmada el día 6 de marzo de 2012, en la cual se modifica la fecha de terminación de la etapa de construcción al 1 de septiembre de 2013.
Modificación sin número	Firmada entre el representante legal de la Unión Temporal Segundo Centenario y la Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto Nacional de Vías INVÍAS, el día 9 de agosto de 2012, mediante la cual las partes acuerda (sic) modificar integralmente la cláusula 47
Cesión de posición contractual	Firmada el 19 de septiembre de 2012, mediante la cual las empresas TECNIVILES S.A Y MIGUEL ASTILLO CASTILLO BAUTE, ceden su participación en la Unión Temporal Segundo Centenario a la empresa FELUCA y CIA S.A.S.
Modificación No. 5	Firmada el 31 de octubre de 2012, mediante la cual se modifica el plazo de la etapa de construcción a 53 meses y por consiguiente el programa de actividades.
Otrosí No. 6	Firmada el 03 de Abril de 2013, mediante la cual se modifica la cláusula 13 del contrato 3460 de 2008 se anexa el Parágrafo Segundo. Incorporar el valor de \$87.517.641.095,00 para la vigencia 2013.
Modificación No. 7	Firmada el 27 de septiembre de 2013, mediante la cual modifica la cláusula 4 Vigencia del contrato y plazo de ejecución, en un total de ochenta y nueve (89) mese, etapa de construcción (sesenta y cinco meses). Se incorporan al valor del contrato sesenta y seis mil

	millones (66.000.100.000), para el pago de riesgo geológico.
Modificación No. 8	Firmada el 24 de diciembre de 2013, mediante la cual se modifica el anexo No. 5. Desembolsos, y en consecuencia forma parte integral de la modificación No. 7 suscrita el 27 de septiembre de 2013.
Modificación No. 9	Firmada el 30 de diciembre de 2013, mediante la cual se modifica el párrafo de la cláusula 13 del contrato 3460 de 2008, Redistribución de vigencias futuras presupuestales.
Modificación No. 10	Firmada el 25 de agosto de 2014. Mediante la cual se incorpora la suma de \$ 57.098.426.316 destinados al pago de riesgo geológico, y se acuerda un nuevo programa de desembolsos.
Modificación No. 11	Firmada el 01 de abril de 2015, mediante la cual (i) se amplía el plazo de la etapa de construcción hasta el treinta (30) de noviembre de 2016, (ii) Se elimina la Etapa de Operación y Mantenimiento, (iii) Se elabora un Cronograma Detallado de Obras y Cronograma de Mestas Físicas, (iv) Se incorporan recursos para efectos de Riesgo Geológico \$74.446.268.147,90. Esta modificación contractual tiene como fundamento el documento "Bases del Acuerdo Conciliatorio para dirimir las controversias suscitadas en el marco del Contrato 3460 de 2008, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y el (sic) Unión Temporal Segundo Centenario".
Modificación No. 12	Firmada el 22 de diciembre de 2015, mediante la cual (i) se incorpora la suma de \$ 20.302.267.936,77 para reconocimiento de riesgo geológico, (ii) Se incorpora la suma de \$23.015.272.540, para pago de mayores cantidades de obra, (iii) Se excluyen del contrato los valores previstos para operación de los años 2015 la suma de 8.460.780.030,50 y para el años 2016 la suma de 8.460.780.030,50, (v) Se trasladó la suma de \$16.921.560.061 prevista para la etapa de operación, para el reconocimiento y pago del acuerdo conciliatorio aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante Auto No. 16 del 4 de noviembre de 2015, por concepto de mayores cantidades de obra.
Modificación No. 13	Firmada el 13 de abril de 2016, mediante la cual (i) se incorporan al contrato la suma de \$5.251.670.938,27 IV incluido para el pago de reconocimientos varios, establecidos en las "Bases del Acuerdo Conciliatorio (sic), (ii) incorporar la suma de \$18.248.329.061,73 IVA incluido con el fin de reconocimientos de actividades de riesgo geológico y (iii) modificar las garantías y seguros contractuales de

	conformidad con los valores incorporados a la fecha por un total de \$237.765.522.461,64.
Modificación No. 13 (aclaratorio)	Firmado el 19 de abril de 2016, mediante el cual se aclara la cláusula tercera del modificadorio No. 13 la cual hace referencia a la modificación de las garantías y seguros contractuales con los valores incorporados a la fecha por un total de \$236.095.291.462,37
Modificación No. 14	Firmada el 22 de abril de 2016, mediante la cual se modifica la cláusula tercera del modificadorio No. 13 al Contrato de Obra Pública no. 3460 de 2008, GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO "(...) El CONTRATISTA se compromete a a constituir a favor del INSTITUTO una garantía que ampare el pago de los perjuicios derivada del incumplimiento de las obligaciones correspondientes a la ejecución de obras por concepto de riesgo geológico, por una cuantía equivalente al diez (10) por ciento del valor incorporado en el presente documento por dicho concepto, con una vigencia que se extenderá hasta la liquidación del contrato (...)".
Modificación No. 15	Firmada el 10 de mayo de 2016, mediante la cual se incorporan al Contrato de Obra No. 3460 de 2008, la suma de \$26.277.213.820, para efectos de reconocimiento y pago de Riesgo Geológico a cargo del Instituto Nacional de Vías INVÍAS.
Modificación No. 16	Firmada el 10 de agosto de 2016, mediante la cual se incorporan al Contrato de Obra No. 3460 de 2008, la suma de \$31.400.000.000, para efectos del reconocimiento y pago del Riesgo Geológico a cargo del Instituto Nacional de Vías INVÍAS – así como para los efectos del reconocimiento y pago del acuerdo conciliatorio aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante Auto No. 16 del 4 noviembre de 2015.
Modificación No. 17	Firmada el 31 de agosto de 2016, mediante la cual se incorporan al Contrato de Obra No. 3460 de 2008, la suma de \$7.497.057.674,23 IVA incluido, para efectos de reconocimiento y pago del Riesgo Geológico a cargo del Instituto Nacional de Vías INVÍAS – Los dineros incorporados con la modificación No. 16 se destinan en su totalidad para pago del acuerdo conciliatorio aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante Auto No. 16 del 4 de noviembre de 2015, mayores cantidades de obra.
Modificación No. 18	Firmada el 15 de septiembre de 2016, mediante la cual se modifica la cláusula primera del modificadorio No. 16 del Contrato No. 3460 de 2008, en la cual se realiza la siguiente distribución de los recursos incorporados: (i) 15.486.860.097,67 incluido IVA, para el reconocimiento de riesgo geológico y (ii)

	<i>\$15.913.139.902,33 incluido IVA, para efectos de reconocimiento y pago del acuerdo conciliatorio aprobado por el Tribunal de Arbitramento mediante Auto No. 16 del 4 de noviembre de 2015, mayores cantidades de obra.</i>
<i>Modificación No. 19</i>	<i>Firmada el 11 de noviembre de 2016, mediante la cual se adicionó un párrafo en la cláusula 13 del Contrato de Obra No. 3460 de 2008 en el cual se manifestó que después de la redistribución presupuestal quedó la suma de \$ 8.562.132.803,26 para el reconocimiento de mayores cantidades por efecto de la ola invernal 2010-2011 y \$12.843.199.204,80 para el reconocimiento y pago del riesgo geológico a cargo del INVÍAS. Del mismo modo se modificó la cláusula segunda del modificatorio No. 18 respecto la garantía única de cumplimiento. Esta modificación fue aclarada en documento del 22 de noviembre de 2016, respecto la cláusula segunda y tercera relacionada con las garantías".</i>

Como puede observarse la mayoría de las modificaciones tuvieron como objeto incorporar al valor del contrato dineros por concepto de riesgo geológico y los demás cambios derivados del documento "Bases del Acuerdo Conciliatorio" celebrado entre las partes.

5.2. La información financiera del contrato

5.2.1. El valor del contrato y sus componentes

De acuerdo con lo manifestado por el Ministerio consultante, el contrato No. 3460 de 2008 se suscribió inicialmente por un valor global fijo de \$629.052,9 millones⁵⁷. Con todo,

⁵⁷ La cláusula original número 12 del contrato No. 3460 de 2008 establecía: "El valor de este contrato se pacta en la suma de SEISCIENTOS VEINTINUEVE MIL CINCUENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (629.052.989.746) MONEDA CORRIENTE, de conformidad con la propuesta económica presentada por el CONTRATISTA, sin perjuicio de lo cual, para todos los efectos tributarios, garantías, seguros y los demás previstos en el Decreto 280 de 2003, durante cada etapa prevista para la ejecución del contrato, se considerará como valor del contrato el valor de cada una de las etapas previstas para su ejecución: (...) 12.2.- Este valor incluye los costos asociados con los diseños, la construcción, la operación, el mantenimiento, la gestión social, predial, y ambiental, el valor para la atención de los riesgos que se derivan a cargo del CONTRATISTA, el gravamen del 4 x mil, el valor del IVA, el A.I.U. y demás impuestos, tasas impositivas y costos directos e indirectos. Igualmente incluye los ajustes por cambio de vigencia y las variaciones en los precios de los insumos de acuerdo con lo previsto en la presente minuta del contrato (...)". Con todo, durante la vigencia del contrato el valor del contrato llave en mano fue modificado durante su vigencia a \$612.131.429.685. Véase la cláusula quinta de la modificación No. 12 de 22 de diciembre de 2012.

durante su vigencia se presentaron varias modificaciones que afectaron dicho valor, y lo incrementaron a más de \$950.000 millones⁵⁸.

Según lo señalado en el documento del INVÍAS denominado "Informe Mensual Ejecutivo" de Diciembre de 2016, que obra en el expediente, el valor total del contrato cubrió los siguientes conceptos⁵⁹:

"Valor del contrato	\$ 612.131.429.685 e incorporación por (i) concepto riesgo geológico \$ 295.340.353.461,51 (ii) mayores cantidades \$45.866.016.096,12 y (iii) reconocimientos varios, establecidos en las bases del acuerdo conciliatorio \$5.251.670.937,27"
---------------------	--

De acuerdo con lo anterior y lo señalado por el INVÍAS a la Sala, a través de la audiencia y el oficio DG 75288 del 10 de marzo de 2017, el aumento del valor del contrato No. 3460 de 2008 de \$612.000 millones a más de \$950.000 millones, se debió a tres factores:

- i) El riesgo geológico del proyecto⁶⁰.
- ii) Las mayores cantidades de obra derivadas de los cambios de diseños provocados por la ola invernal que afectó al país en los años 2010 y 2011, y
- iii) El reconocimiento por la realización de otras obras y prestaciones.

Los anteriores asuntos fueron discutidos y acordados por las partes en el documento denominado "*Bases del Acuerdo Conciliatorio para dirimir las controversias suscitadas en*

⁵⁸ Así se indicó en el texto de la consulta: "6.1. – El Contrato No. 3460 de 2008 se suscribió por un valor global fijo de \$629.052,9 millones y de conformidad con la forma de pago del Contrato "llave en mano", se facturaron por concepto de doce (12) metas aprobadas por interventoría un valor de \$603.631,3 millones. Adicionalmente, en cumplimiento de las bases del Acuerdo Conciliatorio y de la Conciliación, se facturaron por concepto de riesgo geológico a cargo del INVÍAS, mayores cantidades de obra derivadas por el fenómeno de La Niña que fueron aprobadas por el Tribunal de Arbitramento indicado en antecedencia, además de reconocimientos varios por un valor total facturado por el contratista de \$950.089.3 millones". Texto de la consulta, p. 8.

⁵⁹ Cruce de la Cordillera Central: Túneles Del II Centenario – Túnel de la Línea y Segunda Calzada Calarcá – Cajamarca. Informe Mensual Ejecutivo Diciembre de 2016, p. 2.

⁶⁰ El riesgo geológico fue un asunto regulado expresamente en el contrato y dio lugar a múltiples modificaciones del texto contractual. Asimismo, fue objeto de reconocimiento en el documento Bases del acuerdo conciliatorio.

Asimismo, dio lugar a múltiples modificaciones del contrato. Asimismo, fue un asunto regulado expresamente en el contrato y en el documento bases del acuerdo conciliatorio.

*el marco del contrato de obra pública No. 3460 de 2008, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Segundo Centenario*⁶¹.

En el referido documento "*Bases del Acuerdo Conciliatorio*", el cual fue suscrito el día 10 de marzo de 2015, las partes acordaron: i) ampliar la etapa de construcción de la obra hasta el 30 de noviembre de 2016⁶² y ii) calcular la suma de \$327.719 millones como recursos necesarios para terminar las obras⁶³. Adicionalmente, el INVÍAS reconoció al contratista una serie de recursos por concepto de riesgo geológico, la modificación de los diseños como consecuencia de la ola invernal y otros asuntos derivados del paro agrario y el mantenimiento del túnel piloto, entre otros.

La situación anterior, llevó a que el valor del contrato No. 3460 de 2008 ascendiera a más de \$ 950.000 millones de pesos.

5.2.1.1. Riesgo geológico:

A pesar de tratarse de un contrato "llave en mano", en virtud del Apéndice D del contrato No. 3460 de 2008, el riesgo geológico que superara la línea base del riesgo determinada en el numeral 2 del Apéndice, debía ser asumido por el INVÍAS y reconocido al contratista

⁶¹ "Los recursos que el Instituto Nacional de Vías (INVÍAS) incorporó para la ejecución del Contrato de Obra Pública No. 3460 de 2008, provienen de tres circunstancias a saber: 1.-Riesgo geológico, de conformidad con lo pactado inicialmente con el contratista en la minuta del contrato Apéndice D – GESTIÓN DEL RIESGO-; 2.-Mayores cantidades de obra por ola invernal; y 3.-Reconocimientos varios derivados del documento "BASES DEL ACUERDO CONCILIATORIO". Oficio DG 75288 del 10 de marzo de 2017.

⁶² "PRIMERO: AMPLIACIÓN DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA 3460 DE 2008. Las partes convendrán de mutuo acuerdo la ampliación de la etapa de construcción del Contrato 3460 de 2008 hasta el treinta (30) de noviembre de Dos Mil Dieciséis (2016), plazo en el cual la UNIÓN TEMPORAL deberá entregar totalmente terminadas y a satisfacción del INVÍAS las obras de los módulos uno, dos y tres del citado contrato. Para estos efectos, las partes suscribirán, dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación en el Tribunal No. 2 del acuerdo conciliatorio un documento contractual que tenga por objeto: (i) la obligación de las modificaciones económicas a cargo del INVÍAS en la forma descrita en el respectivo acuerdo; (ii) la reprogramación de las obras e inversiones a cargo de la UNIÓN TEMPORAL en función de la ampliación del nuevo plazo pactado; (iii) la reprogramación del plazo que sustituye integralmente la programación anteriormente vigente, (iv) el flujo de caja correspondiente como parte integral del Contrato, (v) así como el reconocimiento contractual de los efectos económicos derivados de la Resolución No. 6499 del 19 de diciembre de 2013 y demás conceptos y/o reconocimientos distintos de los que se plasman en el acuerdo conciliatorio y (vi) la exclusión de la etapa de operación inicialmente prevista. Lo anterior, sin perjuicio de las actividades de mantenimiento y conservación que deberá continuar ejecutando la UNIÓN TEMPORAL, hasta la fecha cierta de terminación del Contrato de Obra 3460 de 2008".

⁶³ "SEGUNDO: RECURSOS Y CONCEPTOS PARA TERMINAR LAS OBRAS FALTANTES: Las partes acuerdan que las sumas necesarias para la terminación de las obras y su concepto de origen serán las que se determinen al momento de suscribir el acuerdo conciliatorio y el otrosí modificatorio, que en todo caso tendrán como presupuestos las siguientes, sin modificación de los valores totales, así:

De acuerdo con las cantidades de obra concertadas por interventoría, contratista e INVÍAS y con los valores que le reportó el contratista para realizar las obras, se requiere la suma de \$274.719 millones. Dentro de este valor se incluyen los costos de materiales, nómina, combustibles, servicios públicos e instalaciones y se excluyen la maquinaria, formaleta de revestimiento, plantas de trituración, de concretos y de asfalto con los que cuenta el contratista en la obra y cuyo monto se estima en \$53.000 millones. De conformidad con lo anterior el valor total de la inversión para la terminación de todas las obras, asciende a \$327.719 millones, discriminados así: (...)."

a precios unitarios. De esta suerte, de acuerdo con lo manifestado a la Sala, el contrato solo cubría las fallas geológicas hasta los primeros 748 metros lineales. De allí en adelante el riesgo se trasladaba a la entidad⁶⁴.

En esta dirección, el riesgo geológico motivó la modificación del contrato No. 3460 de 2008 en varias oportunidades. Asimismo, esta materia fue objeto de acuerdo entre las partes en el documento "Bases del Acuerdo conciliatorio", en el cual se señaló:

"Una vez revisadas las solicitudes que ha hecho el contratista sobre los valores de riesgo geológico a cargo del INVIAS, otros costos no reconocidos y por mayores cantidades de túneles y viaductos, por efectos de la ola invernal 2010-2011, el INVIAS, con el concepto favorable de la interventoría, consideró viable reconocer lo siguiente, sujeto a un acuerdo integral de conciliación y en todo caso al previo cumplimiento de lo establecido en presente documento y en los posteriores a suscribirse:

- *\$41.000 millones por Riesgo geológico, correspondientes a valores a reconocer a partir de las solicitudes del contratista frente a la resolución de interpretación unilateral No. 6499 del 19 de diciembre de 2013, que analizadas por Interventoría se consideran procedentes".*

Todo lo anterior explica, según el INVÍAS, el por qué los valores reconocidos por el riesgo geológico ascendieron a la suma de \$ 295.340 millones, dineros que fueron incorporados al contrato año a año a través de recursos del propio proyecto. Así, la entidad indicó:

"Frente al primer punto, las incorporaciones por Riesgo Geológico se encuentran descritas en el Apéndice D de la Selección Abreviada SA-SGT-GGP-001-2008, y fueron incorporadas año a año al Contrato de Obra Pública No. 3460 de 2008 con los recursos disponibles del proyecto de inversión. De acuerdo con el apéndice mencionado, el Riesgo Geológico lo debía asumir e INVIAS, así:

"(...) El INVIAS reconocerá a precios unitarios, los nuevos sectores de fallamiento geológico con problema geotécnico que requieran de tratamiento especial y que se encuentren durante la excavación del Túnel del II Centenario, pero considerando únicamente los nuevos sistemas de fallas que no fueron identificados en la línea base del riesgo geológico establecida en el numeral 2 del presente Apéndice. No se considerarán sistemas de fallas que aparezcan en otros sectores del Túnel Principal debido al azimut, rumbo, inclinación de las discontinuidades o formaciones geológicas y fallas satélites de los sistemas de fallas que fueron identificados.

Estos nuevos sectores se determinan como las longitudes del túnel que no siendo identificadas en la línea base de riesgo geológico se encuentra un tipo de terreno diferente a I, IIA, IIB, III, IV, V y Falla (Geológica sin problema geotécnico) y que requieren de un tratamiento especial para su excavación y soporte debido a que puede tener ciertas complejidades durante el desarrollo de las obras.

Como tratamientos especiales en macizos rocosos se definen aquellos tipos de terreno que durante la construcción de obras subterráneas y debido a problemas de orden geotécnico, es necesario realizar tratamientos adicionales a los normalmente ejecutados y

⁶⁴ Audiencia del 9 de marzo de 2017, diapositiva No. 3 de la presentación realizada ese día.

contemplados durante las etapas de diseño, desde los frentes de excavación para lograr su estabilidad. Los tratamientos especiales pueden ser la consolidación y/o impermeabilización, los cuales se controlan mediante inyecciones con lechadas de cemento-bentonita, congelamiento o mediante la inyección de mezclas químicas (...)"

En este orden de ideas, se puede señalar que las incorporaciones que se suscitaron al Contrato de Obra No. 3460 de 2008, en las vigencias 2013, 2014, 2015, 2016, tienen su fundamento en el cumplimiento de una estipulación de carácter contractual. (subrayado fuera del texto)⁶⁵.

En suma, según lo señalado anteriormente y como lo indican las Actas de Entrega y Recibo Definitivo de las Obras de los módulos 1, 2 y 3, las sumas que se incorporaron al contrato por riesgo geológico y que aumentaron su valor fueron las siguientes:

"DINEROS INCORPORADOS POR RIESGO GEOLÓGICO"		
24/12/2013	Otrosí 7	\$ 66.000.000.000,00
16/09/2014	Otrosí 10	\$ 57.098.426.316,00
01/04/2015	Otrosí 11	\$ 74.446.268.147,90
22/12/2015	Otrosí 12	\$ 20.302.267.936,77
13/04/2016	Otrosí 13	\$ 18.248.329.061,73
10/05/2016	Otrosí 15	\$ 26.277.213.820,00
31/08/2016	Otrosí 17	\$ 7.497.027.674,23
15/09/2016	Otrosí 16, 18 y 19	\$ 25.470.820.504,88
TOTAL		\$ 295.340.353.461,51"

Para la Sala resulta de especial importancia aclarar que, no obstante la denominación del contrato como "llave en mano", en el mismo se pactó el pago a precios unitarios de los riesgos geológicos que se presentaran y superaran la línea base del riesgo acordada, lo cual conllevó a que aumentara su valor en una suma cercana a los \$295.000 millones de pesos, que equivale a casi la tercera parte del valor total del contrato, situación que desnaturalizó su modalidad, dada la forma como se acordó pagar este ítem contractual y su incidencia en el valor final.

5.2.1.2. Mayores cantidades por la ola invernal:

En lo que respecta a las mayores cantidades de obra derivadas de la ola invernal 2010-2011, estas fueron definidas y reconocidas tanto en el documento "Bases del Acuerdo Conciliatorio" como en el acuerdo conciliatorio celebrado por las partes, que fue sometido y aprobado por el respectivo Tribunal de Arbitramento.

Así, en el primero de los documentos señalados se indicó:

"Una vez revisadas las solicitudes que ha hecho el contratista sobre los valores de riesgo geológico a cargo del INVIAS, otros costos no reconocidos y por mayores cantidades de túneles y viaductos, por efectos de la ola invernal 2010-2011, el INVIAS, con el concepto

⁶⁵ Oficio DG 75288 del 10 de marzo de 2017.

favorable de la interventoría, consideró viable reconocer lo siguiente, sujeto a un acuerdo integral de conciliación y en todo caso al previo cumplimiento de lo establecido en presente documento y en los posteriores a suscribirse:

(...)

• \$108.685 millones, teniendo en cuenta que la temporada invernal 2010-2011 afectó el desarrollo de la etapa de construcción, como consecuencia de la misma la UTSC realizó una modificación de los diseños, que adaptará el corredor al cambio climático, con lo cual el contratista evitaba realizar cortes de taludes en un suelo inestable, como lo es la cordillera central".

Con fundamento en el documento anterior, las partes celebraron un acuerdo conciliatorio el 27 de marzo de 2015, el cual fue presentado al Tribunal de Arbitramento que había sido convocado por el contratista para dirimir las controversias relacionadas con las mayores cantidades de obra derivadas de la ola invernal de 2010-2011, y quien lo aprobó en lo de su competencia a través del Auto No. 16 del 4 de noviembre de 2015⁶⁶.

En el referido acuerdo las partes conciliaron lo referente al reconocimiento de las mayores cantidades de obra y las modificaciones de los diseños como consecuencia de la ola invernal⁶⁷:

⁶⁶ "Ahora bien, en la medida en que a través del recursos de reposición las mismas Partes, con la intervención de sus apoderados y de sus respectivos representantes legales, ponen de presente que han procedido a ajustar o a modificar su acuerdo conciliatorio para efectos de excluir del mismo el monto de las respectivas utilidades, cuestión que se concreta en la decisión de limitar a la suma de CIENTO SEIS MIL SEISCIENTOS SIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA MIL PESOS (\$106.607'230.000) el acuerdo de lo que la entidad Convocada reconocerá a su Contratista Particular, cantidad de la cual se ha sustraído la suma de DOS MIL SETENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$2.077'770.000), el Tribunal encuentra que en estas condiciones el acuerdo celebrado no resulta lesivo para el patrimonio del Estado.

(...)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal,
RESUELVE

1. REVOCAR el Auto No. 15 de octubre 22 de 2015 por medio del cual se improbo el acuerdo conciliatorio celebrado entre las Partes y en su lugar APROBAR el acuerdo conciliatorio celebrado por la UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO y el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS – en relación con las diferencias surgidas por razón y/o con ocasión de las obras convenidas por virtud de los nuevos diseños que debieron realizarse para hacer frente a la ola invernal que hizo más gravosa la ejecución del Contrato No. 3460 de 2008, acuerdo conciliatorio tanto en el documento conjunto fechado en agosto 11 de 2015, como en el documento presentado también de manera conjunta por las Partes en el curso de la Audiencia celebrada el día de hoy, miércoles 4 de noviembre de 2015.

En consecuencia, el valor total y definitivo de la conciliación que aquí se aprueba corresponde a la suma de CIENTO SEIS MIL SEISCIENTOS SIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA MIL PESOS (\$106.607'230.000)".

⁶⁷ Allí también se señaló: "3. Que la UNIÓN TEMPORAL convocó ante la Cámara de Comercio de Bogotá, según las reglas fijadas en el Contrato de Obra No. 3460 de 2008, un Tribunal de Arbitramento el 12 de agosto de 2014 para dirimir las controversias relacionadas con las mayores cantidades de obra derivadas de la ola invernal de 2010-2011, surgidas con ocasión de la ejecución del contrato prenotado. (...) 5. Que las pretensiones de la demanda presentada por la Unión Temporal Segundo Centenario en contra del INVIAS son las siguientes: "7.1. DECLARATIVAS 7.1.1. DECLARESE que, como consecuencia de la

"II. Acuerdos Conciliatorios

1. Las partes acuerdan conciliar, de manera definitiva, la TOTALIDAD de las controversias suscitadas entre ellas por causa o con ocasión de la mayor cantidad de obra en el Proyecto por concepto de túneles y viaductos y menores cantidades de vías a cielo abierto y, en general, de todas las pretensiones de la demanda, derivadas de la ola invernal 2010-2011, de manera total y definitiva, incluyendo todas aquellas controversias correspondientes a aspectos económicos, patrimoniales y técnicos relacionados con la materia de la demanda arbitral, y todas aquellas posibles reformas, adiciones o sustituciones presentadas por la Unión Temporal el 12 de agosto de 2014, relativo a la Ola invernal dentro del Tribunal de Arbitramento convocado por la Unión Temporal Segundo Centenario en contra de INVIAS.

(...)

3. El INVIAS reconocerá económicamente a la UNIÓN TEMPORAL los valores derivados de la modificación de los diseños que se llevaron a cabo con ocasión de la ola invernal 2010-2011, a partir de las longitudes del diseño presentado por el contratista en la etapa de iniciación en el año 2009, y realizando un comparativo con los diseños del año 2011, donde se reconocen las mayores cantidades de túneles y viaductos y se descuentan las menores cantidades de vías a cielo abierto".

inevitable Ola invernal 2010-2011 y los hechos antes relacionados, se rompió la ecuación económica y financiera del contrato 3460 de 2008 en perjuicio de la Unión Temporal Segundo Centenario. 7.1.2. DECLARESE que durante la ejecución del contrato 3460 de 2008 se modificaron los elementos esenciales y las circunstancias en los que se basaron los estudios previos sobre los que se sustentó el esquema de riesgos del mismo, su cuantificación y asignación, de tal manera que se generó una alea normal, extraordinaria, ajena, onerosa e injusta que tuvo que soportar la Unión Temporal Segundo Centenario, razón por la cual: (...) 7.1.3. Declárese que todo lo anterior generó la ruptura del equilibrio económico y financiero del Contrato 3460 de 2008 en perjuicio de la Unión Temporal Segundo Centenario, lo cual no está obligado a soportar, de manera que el INVIAS tiene la obligación de restablecer dicho equilibrio en los términos del artículo 27 de la Ley 80 de 1993. (...) Que el 10 de marzo de 2015, el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Segundo Centenario suscribieron las Bases del Acuerdo para la terminación y ejecución total de las obras que forman parte del contrato No. 3460 de 2008. 9. Que en el mencionado acuerdo del 10 de marzo de 2015 se estableció que las partes, con el objetivo constitucional de dirimir pacíficamente sus controversias, asegurar la ejecución pronta y oportuna de las políticas públicas, proteger los recursos públicos, garantizar los derechos de las partes y facilitar la ejecución de las obras contratadas, presentarían un acuerdo conciliatorio ante el Tribunal convocado para solucionar la mayor cantidad de obra derivada de la ola invernal de los años 2010-2011. (...) 25. Que, teniendo en cuenta que el diseño inicial de la UTSC, probado por INVIAS, respecto del contrato No. 3460 de 2008 se proyectó frente a unas condiciones climáticas distintas a las que se presentaron con el desastre natural del 2010-2011, la UTSC se vio obligada a realizar modificaciones al diseño que se ajustarán al cambio climático y que garantizarán la seguridad y operatividad de la vía, dada la evidente vulnerabilidad de ésta frente a derrumbes. (...) 36. Que el pasado 10 de marzo de 2015, se suscribieron las Bases del Acuerdo Conciliatorio para dirimir las controversias suscitadas en el marco del contrato de obra pública No. 3460 de 2008, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y la Unión Temporal Segundo Centenario que en su numeral 20 expresa: "Que por razones de prevalencia del interés general, de garantizar la continuidad y mejor prestación del servicio público y con el fin de garantizar la ejecución del objeto del contrato, las partes acordarán a través de la correspondiente Modificación del Contrato 3460 de 2008: (i) unos reconocimientos a cargo del INVIAS en la forma descrita en el acuerdo a suscribir; (ii) una reprogramación de las obras e inversiones a cargo de la UNIÓN TEMPORAL; y (iii) una reprogramación del plazo que sustituye integralmente la programación anteriormente vigente y (iv) el flujo de caja correspondiente como parte integral del Contrato, entre otros aspectos que harán parte del respectivo acuerdo".

Finalmente, el INVÍAS indicó frente a esta materia, en el oficio DG 75288 del 10 de marzo de 2017, lo siguiente:

"En lo atinente a las mayores cantidades de obra ejecutada por ola invernal 2010-2011, según Auto No. 16 de fecha 4 de noviembre de 2015, el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá aprobó el ACUERDO CONCILIATORIO presentado de manera conjunta por la UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO y el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS), en relación con las diferencias surgidas por razón y/o con ocasión de las obras convenidas, por virtud de los nuevos diseños que debieron realizarse para hacer frente a la ola invernal que hizo más gravosa la ejecución del Contrato No. 3460 de 2008.

Vale la pena resaltar que de esta aprobación, se destaca que no se reconoció utilidad alguna al Contratista UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO; y adicionalmente, se dio aplicación a la Teoría de la Imprevisión.

La anterior situación tiene su fundamento en la conciliación aprobada por el Tribunal de Arbitramento de UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO contra INVÍAS, referente a mayores cantidades de obra – ola invernal, en donde se pagó la obra ejecutada del rubro de sentencias y conciliaciones (ver resolución anexa); y la obra pendiente por ejecutar con base en la cuota asignada al Instituto dentro del marco gasto del mediano plazo, la Entidad programó en el anteproyecto de presupuesto de cada vigencia, los recursos necesarios así: \$31.476 millones para el 2015, y \$14.390 millones para la vigencia 2016, los cuales fueron incorporados al Contrato a medida que el contratista los iba ejecutando y facturando". (subrayado fuera del texto).

Por su parte, según las Actas de Entrega y Recibo Definitivo de las Obras de los módulos 1, 2 y 3, las sumas que se incorporaron al contrato por concepto de mayores cantidades de obra son las siguientes:

"DINEROS ADICIONALES INCORPORADOS PARA EFECTOS DE PAGO MAYORES CANTIDADES		
22/12/2015	Otrosí 12	(sic)39.936.836.601,00
15/09/2016	Otrosí 16, 18 y 19	\$ 5.929.179.495,12
TOTAL		\$ 45.866.016.096,12"

5.2.1.3. El reconocimiento por la realización de otras obras y prestaciones:

El valor del contrato No. 3460 de 2008 se incrementó también en virtud del reconocimiento de ciertos asuntos reconocidos en el documento "Bases del Acuerdo Conciliatorio", en el cual se indicó:

"Una vez revisadas las solicitudes que ha hecho el contratista sobre los valores de riesgo geológico a cargo del INVÍAS, otros costos no reconocidos y por mayores cantidades de túneles y viaductos, por efectos de la ola invernal 2010-2011, el INVÍAS, con el concepto favorable de la interventoría, consideró viable reconocer lo siguiente, sujeto a un acuerdo

integral de conciliación y en todo caso al previo cumplimiento de lo establecido en presente documento y en los posteriores a suscribirse:

(...)

• \$5.733 millones, se reconocen de acuerdo a las solicitudes realizadas por el contratista y que fueron analizadas con la interventoría, donde se encontró que debían pagarse, por cuanto el paro agrario fue una fuerza mayor, el mantenimiento del túnel piloto se requirió con el fin de evitar el colapso, de acuerdo a recomendación de la interventoría, las obras ambientales a cargo del INVIAS, corresponden a nuevas exigencias de la CQR para dar cumplimiento a los parámetros de calidad del agua y solicitudes de la mesa ambiental en cumplimiento de la acción popular, y los ajustes del 2011 corresponden al riesgo de ajustes a cargo del INVIAS sobre los pagos realizados en dicho año donde el IPC fue mayor al 6%.

De esta manera, se reconocieron obras por concepto del paro agrario, el mantenimiento del túnel piloto, asuntos ambientales y ajustes del año 2011. De acuerdo con lo señalado por el INVIAS, el valor de estas materias ascendió a la suma de \$5.252 millones de pesos, los cuales se financiaron con recursos asignados al proyecto dentro del marco de gastos de inversión:

"En cuanto al reconocimiento de varios, el documento BASES DEL ACUERDO CONCILIATORIO de fecha 10 de marzo de 2015 contempla un pago por concepto de paro agrario, mantenimiento del túnel piloto, obras ambientales y ajustes año 2011, el cual fue incorporado al Contrato en la vigencia 2016, con recursos asignados al proyecto dentro del marco de gastos de inversión. (subrayado fuera del texto)⁶⁸.

En resumen, las sumas incorporadas por este concepto, según el oficio DG 75288 del 10 de marzo de 2017 y las Actas de Entrega y Recibo Definitivo de la Obras de los módulos 1, 2 y 3 fueron:

"DINEROS ADICIONALES INCORPORADOS RECONOCIMIENTOS VARIOS ESTABLECIDOS EN EL ACUERDO CONCILIATORIO		
13/04/2016	Otrosí 13	\$ 5.251.670.937,27
TOTAL		\$ 5.251.670.937,27"

5.2.2. Forma de pago y valores reconocidos y pagados

En relación al pago del contrato No. 3460 de 2008, la cláusula 12 señalaba que el valor se cancelaría por metas, de acuerdo con lo establecido en el Apéndice E⁶⁹. Por su parte, la cláusula 14, sobre forma de pago al contratista, establecía que este se realizaría con

⁶⁸ Oficio DG 75288 del 10 de marzo de 2017.

⁶⁹ "12.4. – El valor del contrato se cancelará por metas, de acuerdo con lo establecido en el Apéndice E, en pesos corrientes siguiendo la siguiente distribución anual:".

fundamento en los Programas de Actividades y Desembolsos⁷⁰. Es importante destacar que estos aspectos sufrieron modificaciones durante la vida del contrato⁷¹.

Frente a los pagos realizados, las actas de entrega y recibo definitivo de los módulos No. 1, 2 y 3 indican:

i) Cumplimiento de metas:

"DINEROS PAGADOS CUMPLIMIENTO DE METAS"						
Fecha	Número de acta/anticipo	Valor Asignado a la Meta	Valor IVA	Anticipos	Amortización	Valor Bruto pago
26/12/2008	Anticipo 1			\$ (57.684.159.160.00)		\$ 57.684.159.160.00
29/12/2009	Factura 1 meta 1	\$ 161.968.000.090.00	\$ 607.380.000.00		\$ 3.492.569.665.00	\$ 159.082.810.425.00
08/07/2010	Factura 2 meta 1	\$ 17.041.058.226.00	\$ 63.903.968.00		\$ 367.461.986.00	\$ 16.737.500.208.00
09/07/2010	Factura 3 meta 2	\$ 91.631.287.073.00	\$ 343.617.327.00		\$ 3.844.580.536.00	\$ 88.130.323.864.00
30/08/2011	Factura 4 meta 3	\$ 49.792.823.883.00	\$ 186.723.090.00		\$ 49.366.964.205.00	\$ 612.582.768.00
	Meta 4	\$ -	\$ -		\$ -	\$ -
	Meta 5	\$ -	\$ -		\$ -	\$ -
06/09/2011	Anticipo 2	\$ -	\$ -	\$ (48.311.269.612.00)		\$ 48.311.269.612.00
16/12/2011	Anticipo 3	\$ -	\$ -	\$ (48.311.269.613.00)		\$ 48.311.269.613.00
14/03/2012	Factura 6 meta 6	\$ 87.801.069.851.00	\$ 329.254.012.00		\$ 612.582.768.00	\$ 87.517.741.095.00
06/11/2012	Factura 7 meta 7	\$ 48.819.297.577.00	\$ 183.072.366.00		\$ 30.461.776.967.00	\$ 18.540.592.976.00
15/03/2013	Anticipo 4			\$ (16.606.000.000.00)		\$ 16.606.000.000.00
04/04/2013	Anticipo 5			\$ (13.394.000.000.00)		\$ 13.394.000.000.00
04/04/2013	Factura 8 meta 8	\$ 73.776.923.954.00	\$ 276.663.465.00		\$ 73.145.937.103.00	\$ 907.650.316.00
04/04/2013	Anticipo 6			\$ (22.000.000.000.00)		\$ 22.000.000.000.00
05/09/2013	Anticipo 7			\$ (25.000.000.000.00)		\$ 25.000.000.000.00
05/12/2013	Factura 10 meta 9	\$ 37.469.761.018.00	\$ 140.511.603.00		\$ 36.609.435.584.00	\$ 1.000.837.037.00

⁷⁰ "La forma de pago del presente contrato se realizará de acuerdo con el Programa de Actividades establecido con el CONTRATISTA relacionado con el plazo ejecución del contrato, y el Programa de Desembolsos asociados al valor del contrato y de cada uno del Módulo o Módulos a ejecutar, al cumplimiento de las metas y relacionado directamente con las disponibilidades presupuestales fijadas por el INVIAS y señaladas en la Cláusula inmediatamente anterior. El citado Programa de Desembolsos fue elaborado dependiendo de la disponibilidad anual y del número de metas previstas para el respectivo año, con base en lo cual se realizó una repartición presupuestal equitativa al cumplimiento de cada meta para cada vigencia. El Programa de Actividades será elaborado por el CONTRATISTA y sometido a aprobación por la Interventoría y el INVIAS, como requisito para impartir la Orden de Iniciación del presente contrato".

⁷¹ Por ejemplo, en la modificación No. 11 del Contrato de fecha 1º de abril de 2015 se indicó: "Cláusula SEXTA: NUEVO PROGRAMA DE TRABAJO: Para la continuidad en el cumplimiento de sus obligaciones, EL CONTRATISTA se obliga a ceñirse a un Nuevo Programa de Trabajo en función de la ampliación de la etapa de construcción, el cual hace parte integral del presente documento y para todos los efectos se denominarán: "CRONOGRAMA DETALLADO DE OBRAS Y CRONOGRAMA DE METAS FÍSICAS", contenidos en el Anexo 1 de la presente modificación. PARÁGRAFO PRIMERO: Teniendo en cuenta el documento BASE DEL ACUERDO suscrito entre el INVIAS y la UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO, se acordó un cronograma de 20 metas físicas para terminar la etapa de construcción hasta el 30 de noviembre de 2016. PARÁGRAFO SEGUNDO: Para efectos del cronograma de desembolso establecido en el Modificadorio 10 del contrato 3460 de 2008, las metas 11, 12 y 13 previstas en el Modificadorio 7 del precitado contrato corresponderán respectivamente a las metas 5, 14 y 20 del NUEVO CRONOGRAMA DE METAS FÍSICAS, en consecuencia el Anexo 1 hace parte integral del modificadorio".

30/12/2013	Factura 11 meta 10	\$ 12.353.673.724.00	\$ 46.326.276.00		\$ 8.400.000.000.00	\$ 4.000.000.000.00
01/10/2015	Factura 15 meta 11	\$ 10.361.145.704.00	\$ 38.854.296.00		\$ 8.400.000.000.00	\$ 2.000.000.000.00
08/08/2016	Factura 43 meta 12	\$ 10.361.145.704.00	\$ 38.854.296.00		\$ 8.400.000.000.00	\$ 2.000.000.000.00
Total desembolsos		601.376.186.804.00				611.836.737.074.00"

ii) Mayores cantidades de obra por ola invernal:

"RESUMEN ACTAS MAYORES CANTIDADES OLA INVERNAL	
VALOR TOTAL POR RECONOCER	\$ 106.607.232.000.00
ACTA	VALOR
ACTA 1	\$ 26.272.176.800.00
ACTA 2	\$ 18.294.203.200.10
ACTA 3	\$ 9.181.837.661.00
ACTA 4	\$ 7.114.187.205.00
ACTA 5	\$ 7.162.450.182.00
ACTA 6	\$ 3.041.473.513.00
ACTA 7	\$ 2.050.826.986.00
ACTA 8	\$ 2.692.152.375.00
ACTA 9	\$ 4.527.773.457.00
TOTAL PAGADO	\$ 80.337.081.379.10"

iii) Riesgo geológico:

"Acta riesgo geológico	Valor acta	Valor IVA	Anticipos/amortización	Valor Bruto pago
Anticipo Riesgo Geológico			\$ (66.000.000.000.00)	\$ 66.000.000.000.00
Anticipo Riesgo Geológico			\$ (45.869.233.995.00)	\$ 45.869.233.995.00
Acta No. 1 Riesgo Geológico (f12 ajuste precios resolución)	\$ 23.684.223.926.15	\$ 88.815.839.72		\$ 23.773.039.765.87
Acta No. 2 Riesgo Geológico (f12 retenido factor R)	\$ 16.400.040.168.39	\$ 61.500.150.63		\$ 16.461.540.319.02
Acta de ajuste No. 1 Riesgo Geológico (f12 actualización precios ICCP)	\$ 21.361.356.183.32	\$ 80.105.085.69		\$ 21.441.461.269.01
Acta de ajuste No. 2 Riesgo Geológico (f12 actualización precios ICCP factor R)	\$ 3.518.938.252.18	\$ 13.196.018.45		\$ 3.532.134.270.63
Saldo actas No. 1 (f13)	\$ 80.629.487.177.00	\$ 302.360.576.91	\$ 74.249.371.151.60	\$ 6.682.476.602.31
Acta 3 Riesgo Geológico	\$ 21.330.518.965.00	\$ 79.989.446.12	\$ 19.293.454.403.44	\$ 2.117.054.007.68
Acta 4 Riesgo Geológico	\$ 2.385.000.000.00	\$ 8.943.750.00	\$ 2.157.232.500.00	\$ 236.711.250.00
Acta 5 Riesgo Geológico	\$ 6.116.343.882.00	\$ 22.936.289.56	\$ 611.634.388.20	\$ 5.527.645.783.36
Acta 6 Riesgo Geológico	\$ 8.355.084.454.00	\$ 31.331.566.70	\$ 2.500.000.000.00	\$ 5.886.416.020.70
Acta 7 Riesgo Geológico	\$ 6.514.074.235.36	\$ 24.427.778.38	\$ 651.407.423.54	\$ 5.887.094.590.20
Acta 9 Riesgo Geológico	\$ 15.238.616.349.00	\$ 57.144.811.31	\$ 1.523.861.634.90	\$ 13.771.899.525.41
Acta 8 Riesgo Geológico	\$ 8.500.092.635.00	\$ 31.875.347.00	\$ 850.009.263.50	\$ 7.681.958.718.50
Actas ajustes actas 3,4,5 y 6 de RG	\$ 3.480.120.273.00	\$ 13.050.451.02	\$ 348.012.027.30	\$ 3.145.158.696.72
Acta 10 Riesgo Geológico	\$ 3.649.966.315.00	\$ 13.687.373.68	\$ 364.996.631.50	\$ 3.298.657.057.18
Acta 11 Riesgo Geológico	\$ 8.107.129.074.00	\$ 30.401.734.03	\$ 810.712.907.40	\$ 7.326.817.900.63
Actas ajustes actas 7, 8 y 9 de Riesgo Geológico	\$ 2.730.519.972.00	\$ 10.239.449.90	\$ 273.051.997.20	\$ 2.467.707.424.70
Acta 12 Riesgo Geológico	\$ 5.564.808.340.00	\$ 20.868.031.28	\$ 556.480.834.00	\$ 5.029.195.537.28
Actas ajustes actas 10 de Riesgo Geológico	\$ 1.088.016.727.00	\$ 4.080.062.73	\$ 108.801.672.70	\$ 983.295.117.03
Acta 13 Riesgo Geológico	\$ 4.780.200.365.00	\$ 17.925.751.37	\$ 478.020.036.50	\$ 4.320.106.079.87
Actas ajustes actas 11 de Riesgo Geológico	\$ 740.428.516.00	\$ 2.776.606.94	\$ 74.042.851.60	\$ 669.162.271.34

Acta de riesgo geológico No. 14	\$ 2.048.559.660.00	\$ 7.682.098.73	\$ 204.855.966.00	\$ 1.851.385.792.73
Acta de riesgo geológico No. 15	\$ 2.139.069.296.00	\$ 8.021.509.86	\$ 213.906.929.60	\$ 1.933.183.876.26
Actas ajustes actas 12 de Riesgo Geológico	\$ 673.559.522.00	\$ 2.525.848.21	\$ 67.355.952.20	\$ 608.729.418.01
Acta de riesgo geológico No. 16	\$ 2.380.097.635.00	\$ 8.925.366.13	\$ 238.009.763.50	\$ 2.151.013.237.63
Actas ajustes actas 13 de Riesgo Geológico	\$ 311.577.797.00	\$ 1.168.416.74	\$ 31.157.779.70	\$ 281.588.434.04
Acta de riesgo geológico No. 17	\$ 11.039.571.227.00	\$ 41.398.392.10	\$ 1.103.957.122.70	\$ 9.977.012.496.40
Acta de riesgo geológico No. 18	\$ 5.530.392.511.00	\$ 20.738.971.92	\$ 272.565.967.06	\$ 5.278.565.515.86
Actas ajustes actas 15 de Riesgo Geológico	\$ 980.141.044.00	\$ 3.675.528.92	-	\$ 983.816.572.92
Actas ajustes actas 14 de Riesgo Geológico	\$ 1.893.455.005.00	\$ 7.100.456.27	\$ 189.344.510.60	\$ 1.711.210.950.67
Acta de riesgo geológico No. 19	\$ 4.823.940.607.00	\$ 18.089.777.28		\$ 4.842.030.384.28
Actas ajustes actas 14 de Riesgo Geológico	\$ 827.972.200.00	\$ 3.104.895.75		\$ 831.077.095.75
Acta de riesgo geológico No. 20	\$ 4.318.595.877.30	\$ 16.194.734.54		\$ 4.334.790.611.84
Acta de riesgo geológico No. 21	\$ 7.787.153.727.00	\$ 29.201.826.48	\$ 4.211.134.644.07	\$ 3.605.220.909.41
Acta de ajuste 18 definitiva	\$ 1.583.186.925.00	\$ 5.936.950.97		\$ 1.589.123.875.97
Acta de ajuste 17 definitiva	\$ 808.190.532.00	\$ 3.030.714.50		\$ 811.221.246.50
TOTAL	\$ 291.320.429.374.70			\$ 181.029.502.625.71"

5.2.3. El alcance de la ejecución del contrato

De acuerdo con lo que resulta de los documentos allegados por INVÍAS a la Sala, el estado de avance de ejecución de las obras del contrato No. 3460 de 2008 es el siguiente⁷²:

"TRAMO	% DE AVANCE
Tramo 1 Segunda Calzada Quindío	89,01
Tramos 2 Segunda Calzada Tolima	81,91
Tramo 3 Túnel II Centenario	90,50
% Ejecutado construcción del proyecto	88,19"

Igualmente, en el acta de entrega y recibo del módulo No. 1, de fecha 28 de diciembre de 2016, la Interventoría del contrato señaló:

"La interventoría deja constancia que la totalidad de las obras ejecutables en los Módulos 1, 2 y 3 del Contrato de Obra No. 3460 de 2008. NO SE RECIBEN A SATISFACCIÓN por los siguientes motivos:

- En cada uno de los módulos citados anteriormente, el alcance de las obras no se cumplió, según lo establecido en el Contrato No. 3640 del 2008 y sus documentos anexos. No hay módulos terminados, conforme se evidencia en esta acta, archivo fotográfico y video.

- Algunas obras parcialmente ejecutadas no se ejecutaron conforme a los diseños presentados y bajo el cumplimiento de las especificaciones generales y particulares, los

⁷² Cruce de la Cordillera Central: Túneles Del II Centenario – Túnel de la Línea y Segunda Calzada Calarcá – Cajamarca. Informe Mensual Ejecutivo Diciembre de 2016.

*documentos y normas técnicas que exigía el INVÍAS y que hicieron parte del Contrato No. 3460 del 2008, conforme se detallan en el (sic) anexos No. 8 y 13 de este documento*⁷³.

En la misma acta se señalaron los siguientes porcentajes de obras ejecutadas y faltantes:

"ITEM	LONGITUD EQUIVALENTE EJECUTADA		LONGITUD EQUIVALENTE FALTANTE	
	m	%	m	%
Filtros	15.700,80	90.74	1.602,34.	9.26
Viga Base	12.615,00	72.90	4688,14	27.10
Geomembrana	5.968,00	69.21	2.633,57	30.79"
Revestimiento	5.796,00	69.07	2.855,57	30.93
Pavimento	3.154,60	36.55	5.496,97	63.45"

Por su parte, en el acta de entrega y recibo correspondiente al módulo No. 2, la Interventoría del contrato indicó frente a las cantidades totales de obra ejecutada y faltante:

"ITEM	LONGITUD EQUIVALENTE EJECUTADA		LONGITUD EQUIVALENTE FALTANTE	
	m	%	m	%
CIELO ABIERTO	3584, 21	81,22	828,62	18,78
PUENTES	1974,85	89,68	222,86	10,14
TÚNELES	1750,29	76,92	525,06	23,06"

En lo que respecta al módulo No. 3, en el acta de entrega y recibo de la obra se determinó por la Interventoría del contrato:

"ITEM	LONGITUD EQUIVALENTE EJECUTADA		LONGITUD EQUIVALENTE FALTANTE	
	m	%	m	%
CIELO ABIERTO	6093,79	89,74	696,52	10,26
PUENTES	1536,21	85,01	270,92	14,99
TÚNELES	855,95	92,72	67,24	7,26"

Finalmente, en relación a las obras faltantes del contrato No. 3460 de 2008 y las obras que buscan desarrollarse con la nueva licitación, el INVÍAS presentó en la audiencia del día 9 de marzo de 2017 la siguiente información:

⁷³ En el mismo sentido véanse las Actas de Entrega y Recibo Definitivo de los Módulos 2 y 3.

	CONTRATO INICIAL (llave en mano 2008)		CANTIDADES FALTANTES POR EJECUTAR DEL CONTRATO LLAVE EN MANO - CON PRECIOS ACTUALES		OBRAS EJECUTADAS APENDICE D - RIESGO GEOLÓGICO		OBRAS EJECUTADAS NO INCLUIDAS EN EL ALCANCE INICIAL DEL CONTRATO (MAYORES CANTIDADES - ACUERDO CONCILIATORIO)		CANTIDADES FALTANTES PARA LA EJECUCIÓN DE LA OBRA - RIESGO GEOLÓGICO Y ACUERDO CONCILIATORIO	
ACTIVIDAD	CANTIDAD	VALOR	CANTIDAD	VALOR	CANTIDAD	VALOR	CANTIDAD	VALOR	CANTIDAD	VALOR
Excavación (ml)	8.652	\$ 325,700	0	\$ -	0	\$ -	0	\$ -	0	\$ -
Fallas (ml)	748		0	\$ -	1.335	\$ 295.340	0	\$ -	995	\$ 62.463
Revestimiento (ml)	8.652		2.836	\$ 56.135	0	\$ -	0	\$ -	0	\$ -
Pavimento (ml)	8.652		5.507	\$ 24.057	0	\$ -	0	\$ -	0	\$ -
Túneles Cortos (20 Un) (ml)	1.689	\$ 286,432	0	\$ -	0	\$ -	908	\$ 15.293	605	\$ 20.703
Viaductos (24 Un) (ml)	1.217		0	\$ -	0	\$ -	2.290	\$ 30.585	494	\$ 50.016
Obras Cielo Abierto (ml)	15.960		1.539	\$ 35.833	0	\$ -	0	\$ -	0	\$ -
Reconocimientos varios (ambiental - maquinaria)	0	\$ -	0	\$ -	0	\$ -	-	\$ 5.240	0	\$ -
VALOR TOTAL		\$ 612.132		\$ 116.025		\$ 295.340		\$ 51.118		\$ 133.182

Fuente: Presentación realizada por el INVÍAS el día 9 de marzo de 2017.

Según el cuadro precedente:

i) Las obras incluidas dentro del contrato inicial de "llave en mano" No. 3460 de 2008 que no fueron ejecutadas por el contratista, son las señaladas en la columna No. 3, de tal suerte que quedaron pendientes de este contrato original obras relacionadas con revestimiento, pavimento y obras a cielo abierto, por un valor, a precios actuales de \$116.025 millones de pesos.

iii) Adicionalmente, a la finalización del plazo de ejecución del contrato No. 3460 de 2008, tampoco se habían completado por el contratista obras derivadas del riesgo geológico y el acuerdo conciliatorio (columna 6).

iv) Por lo tanto, para la nueva licitación se requieren recursos por un valor de \$249.207 millones, con el propósito de terminar las obras inconclusas tanto del contrato original, como las que se derivaron del riesgo geológico y el acuerdo conciliatorio.

6. El caso concreto

6.1. La posibilidad de celebrar una nueva licitación pública para terminar las obras que no se realizaron dentro de la vigencia del contrato No. 3460 de 2008

Se pregunta a la Sala si el INVÍAS puede acudir al mecanismo de licitación pública para contratar la realización del 12% de las obras que faltaron por ejecutar en el contrato No. 3460 de 2008, teniendo en cuenta que el plazo de ejecución de este terminó el pasado 30 de noviembre de 2016.

Revisados los antecedentes y particularidades del caso, encuentra la Sala que la celebración de un nuevo contrato para culminar las obras faltantes, bajo el procedimiento de licitación planteado en la consulta, no sólo es viable sino necesaria teniendo en cuenta el deber jurídico que tiene la Administración de lograr el fin del contrato y así satisfacer los fines estatales y la continuidad del servicio público, tal y como lo demandan los artículos 2º, 209 y 365 de la Carta Política, 3º, 25, 26 y 28 de la Ley 80 de 1993 y 3º de la Ley 1437 de 2011.

De esta manera, la terminación de las obras encuentra su razón jurídica en: i) la debida tutela sobre la finalidad del contrato, ii) la aplicación de los principios que rigen la contratación estatal y iii) la obligación del Estado de proteger el patrimonio y los recursos públicos y de precaver la ocurrencia de daños patrimoniales y ecológicos.

6.1.1. La debida tutela sobre la finalidad del contrato

La no iniciación del proceso de licitación pública de forma oportuna para terminar las obras inconclusas del contrato No. 3460 de 2008, implicaría una actuación contraria a los fines estatales y a la misma interpretación de las normas del Estatuto, las cuales señalan el mandato de realizarlas en la forma que mejor consulten estos fines, pues se trata de materializar la satisfacción de la necesidad del servicio público.

Si con la realización de las obras del contrato No. 3460 de 2008 se busca la satisfacción de los fines estatales, pues de acuerdo con el Documento CONPES No. 3845 del 27 de agosto de 2007, dichas obras se planearon para disminuir los costos operacionales, mejorar el bienestar y la seguridad de los usuarios, promover el desarrollo económico del país, aprovechar los acuerdos de comercio internacional, fortalecer la conectividad nacional, reducir los tiempos de viaje, y en general, optimizar el nivel de servicio⁷⁴, no sería

⁷⁴ "El proyecto Cruce de la Cordillera Central hace parte integral del corredor vial Bogotá – Buenaventura, se constituye como uno de los ejes más importantes de comercio exterior, ya que permite comunicar el interior del país con el puerto de Buenaventura. La importancia estratégica de este corredor se ve reflejada en las cifras de movilización de carga. De acuerdo con análisis realizados por el Gobierno Nacional y organismos multilaterales, éste es uno de los cinco principales corredores de comercio exterior que concentran el 83% de la carga movilizada en el país. Adicionalmente, la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura – SPRB, durante el año 2006 movilizó aproximadamente 9.170.000 toneladas de carga internacional, lo que representa el 45% de la carga movilizada por las sociedades portuarias de servicio público. (...) Estas obras tienen como finalidad mejorar las características de operación del corredor; disminuyendo de esta forma los tiempos de viaje, los costos de operación y el índice de accidentalidad; para lo cual, en sus diferentes tramos se está diseñando y/o construyendo la segunda calzada, así como ejecutando el mejoramiento de la vía existente; para de esa forma unificar el corredor en sistema doble calzada. El proyecto de Cruce de la Cordillera Central – Túnel II Centenario (La Línea), cobra vital importancia desde el punto de vista estratégico para la comunicación entre el centro del país y el Pacífico,

acorde con los fines que se persiguen con el contrato, en estos momentos, abstenerse de llevar a cabo el proceso de contratación para seleccionar el contratista que ejecute las obras faltantes del contrato mencionado, para cumplir, de esta manera con los objetivos propuestos. Su negativa iría en clara contravía de los artículos 2º, 209 y 365 de la Carta Política y 3º, 25, 26 y 28 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, la primera de las normas citadas establece como fines del Estado el servir a la comunidad y promover la prosperidad general. Por su parte, el artículo 209 determina que la función administrativa está al servicio de los intereses generales. En lo que respeta al artículo 365, este señala que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y su prestación eficiente es deber de este último.

Por su parte, el artículo 3º de la Ley 80 de 1993 indica:

"Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines".

En la misma dirección, el numeral 3º del artículo 25 prescribe:

como parte del corredor Bogotá – Buenaventura ya que brindará mejores condiciones de estabilidad de taludes, reduciendo el riesgo de derrumbes y cierres de la vía, y garantizará excelentes condiciones de seguridad y comodidad para los usuarios de la vía. (...) En este marco, y en pro de brindar al país una infraestructura que facilite la conexión de los centros de producción y consumo con los puertos acorde con las nuevas demandas de tráfico que se espera se presenten con los procesos de integración comercial, el Gobierno Nacional con la participación del sector privado, ha priorizado la ejecución de una serie de obras para el mejoramiento del corredor vial Bogotá – Buenaventura (Ver cuadro 1). (...) De acuerdo con lo anterior, en el marco de la Visión Colombia II Centenario, el Gobierno Nacional considera necesario desarrollar un proyecto que, fundamentado en principios de sostenibilidad, gradualidad, optimización de las inversiones y promoción de la participación privada, permita ofrecer a los usuarios una infraestructura vial con adecuadas condiciones de servicio y acordes con las necesidades de desarrollo del país y los retos comerciales que se pueden generar por la integración de los mercados internos y del comercio exterior. En este sentido, se plantea construir el proyecto Cruce Cordillera Central, incluyendo el Túnel II Centenario en dos etapas, las cuales se describen a continuación y que representan modificaciones a aspectos planteados en el documento Conpes 3084. (...) En el contexto de lo señalado en el presente documento, con el fin de evitar que el Tramo Cajamarca – Calarcá se convierta en un cuello de botella para el tráfico de comercio internacional. Una pieza fundamental para la operación del corredor es el proyecto Cruce de La Cordillera Central – Túnel II Centenario – La Línea, el cual busca mejorar las especificaciones viales y el nivel de servicio del sector Calarcá - Cajamarca¹⁹, articulándose con el desarrollo y alcance de las obras de mejoramiento de la capacidad vial que se están realizando a lo largo del corredor vial Bogotá – Buenaventura, para de esta forma estandarizar toda la operación del corredor en condiciones de doble calzada, lo que generará beneficios a los usuarios del transporte, que se verán reflejados en ahorros en tiempos de viaje, ahorros en costos de operación vehicular y disminución del número de accidentes, así como de la vulnerabilidad ante eventos naturales. (...) El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Transporte, y el Departamento Nacional de Planeación recomiendan al Conpes: 1. Declarar de importancia estratégica para el país el proyecto "Cruce de la Cordillera Central – Túnel II Centenario – La Línea" propuesto en el presente documento de acuerdo con la Ley 819 de 2003". Documento CONPES No. 3845 del 27 de agosto de 2007.

"Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados".

El artículo 26 impone la obligación a los servidores públicos de buscar el cumplimiento de los fines de la contratación⁷⁵.

Finalmente, la última de las normas del Estatuto de contratación citadas, esto es, el artículo 28, de esencial importancia, dispone que la interpretación de las normas en materia de contratación estatal debe tomar en consideración los fines y principios que persigue la Ley 80 de 1993⁷⁶.

6.1.2. Los principios que rigen la contratación administrativa

Como en su oportunidad se indicó, la actividad contractual de las entidades del Estado debe desarrollarse a la luz de una serie de principios, los cuales no sólo guían la conducta e imponen deberes a la administración sino que sirven también de instrumento para la interpretación y aplicación de las normas en materia de contratación.

Dentro de este marco, varios son los principios que legitiman y justifican la necesidad de abrir un proceso licitatorio para contratar la realización de las prestaciones que hacen falta para cumplir adecuadamente con el objeto pretendido dentro del contrato No. 3460 de 2008.

En efecto, el principio de economía demanda que los procedimientos de la contratación deben buscar la satisfacción de los fines estatales, la adecuada, continua y eficiente prestación de los servicios públicos y garantizar los derechos de los administrados. Igualmente, en virtud del referido principio, el contrato debe ser necesario para satisfacer el interés público⁷⁷.

Por su parte, el principio de eficacia impone a las autoridades la obligación de actuar, de tal suerte que no pueden asumir una actuación pasiva en el ejercicio de sus funciones⁷⁸.

⁷⁵ "1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato".

⁷⁶ En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

⁷⁷ "El principio de economía nos indica además, que los contratos que deseen celebrar las autoridades administrativas deben ser los necesarios para el cumplimiento de los fines del Estado y el interés público, conforme a los principios de planeación y buena fe. Es por eso que el objeto y contenido de los contratos debe ser idóneo para satisfacer las necesidades, para lograr el mayor costo beneficio". Duque Botero, ob. cit., p. 153.

⁷⁸ "En efecto, el principio de eficacia impone a la Administración, en aras de la materialización de los fines esenciales del Estado, una obligación de actuación.

Adicionalmente, el principio impone la necesidad de que el contrato estatal busque la satisfacción de los propósitos públicos, es decir, que contrate el suministro de bienes y servicios, o la realización de una obra, cuando ello es necesario para hacer realidad el Estado social de derecho⁷⁹.

El principio de precaución, al cual esta Sala le ha reconocido aplicación en materia contractual, demanda de las autoridades el deber de adoptar, ante una situación concreta, las medidas proporcionadas, aptas y necesarias para evitar la concreción o materialización de un riesgo, y de esta forma, la ocurrencia de perjuicios que afecten el interés público y la satisfacción de las necesidades públicas⁸⁰.

Asimismo, el principio de precaución, junto con el de eficacia, imponen a la administración en materia de contratación estatal, las siguientes obligaciones:

"En atención a la plena correspondencia que existe entre el principio de precaución y el de eficacia, la Sala deriva las siguientes consecuencias en el campo de la contratación estatal: (i) impone a la Administración la obligación de adelantar y brindar soluciones ciertas, oportunas, eficaces y proporcionales a los problemas que surgen en la contratación, entre otros, el de la corrupción; (ii) impide que la Administración asuma una posición inactiva o estática frente a las necesidades públicas que buscan satisfacerse con la contratación estatal, lo que en otras palabras significa que existe para esta una obligación de actuar de forma oficiosa, real y efectiva para prevenir los actos de corrupción, y (iii) constituye un fin que guía el ejercicio de la función contractual pública".⁸¹

Con el principio de eficacia se busca que la Administración no asuma una posición inactiva o pasiva en el ejercicio de sus funciones, situación que puede presentarse por múltiples factores tales como negligencia, congestión o corrupción, de los cuales es posible identificar un incumplimiento de la función administrativa". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de agosto de 2015, Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00118-00(2260).

⁷⁹ "La eficacia se ve desde dos puntos de vista, por una parte se considera que el contrato es eficaz cuando el mismo cumple propósitos públicos, es decir, que su objetivo apunta a garantizar el suministro de bienes y servicios que realmente requiera o necesite el Estado para el desarrollo del Estado Social de Derecho, por lo tanto, el contrato estatal debe estar asociado con una meta, objetivo, estrategia de un Plan de Desarrollo cuando se trata de la ejecución de proyectos de inversión pública". Matallana Camacho, ob. cit., p. 71.

⁸⁰ "El principio de precaución paulatinamente ha irradiado otros ámbitos del derecho como la responsabilidad civil contractual, donde se emplea para adoptar medidas que impidan la realización de un riesgo eventual. En tal sentido, el principio de precaución impone a las autoridades el *deber jurídico* de proceder, frente a una situación concreta, con las medidas efectivas que eviten la concreción del riesgo y, por ende, el perjuicio que podría afectar el interés general y la satisfacción de las necesidades públicas, como es el caso de la contratación estatal.

La precaución, como lo enuncia Viney *"es hija de la prudencia, que se impone a los actores públicos y privados cuando las decisiones entrañan riesgos potenciales..."*. Así, el principio de precaución reúne dos elementos esenciales, una constante que se refiere al hecho de que se está frente a una situación de incertidumbre respecto de la existencia de un riesgo de daño grave e irreversible y, como segundo elemento, la exigencia de tomar medidas prematuras, proporcionadas y aptas para evitar el daño sospechado.

En este sentido, dado el interés público insito en la contratación estatal, la Sala estima que el principio de precaución es aplicable en la materia, con el fin de *"actuar antes de que el daño sea una realidad grave e irreparable"*, de acuerdo con el deber de planeación ya explicado". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de agosto de 2015, Radicación número: 11001-03-06-000-2015-00118-00(2260).

⁸¹ Ibidem.

Otro de los principios que justifica la celebración de la licitación pública en el caso objeto de estudio es el de eficiencia, del cual se deriva el deber para la administración de maximizar la relación costo-beneficio en sus actividades, es decir, de buscar que se alcancen los mejores resultados incurriendo en los menores costos posibles. En esta dirección, la Corte Constitucional ha indicado:

*"Por su parte, en lo que atañe al principio de eficiencia la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos - beneficios."*⁸²

De igual forma, debe acudirse al principio de celeridad cuyo contenido demanda que las autoridades públicas actúen diligentemente en el cumplimiento de sus tareas, funciones y obligaciones, para de esta forma cubrir oportunamente las necesidades de los ciudadanos. Encuentra su fundamento constitucional en los artículos 2º y 209 de la Carta Política, los cuales indican que el Estado tiene la obligación de proteger la vida, la honra y los bienes de los ciudadanos y que la función pública está al servicio del interés general⁸³.

A los principios anteriores debe agregarse el de la buena administración⁸⁴, el cual, además de ser también un derecho y gozar de reconocimiento expreso en la Ley 80 de 1993,

⁸² Corte Constitucional, Sentencia del 13 de noviembre de 2013, C-826/13.

⁸³ "En cuanto al principio de celeridad, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que éste implica para los funcionarios públicos el objetivo de otorgar agilidad al cumplimiento de sus tareas, funciones y obligaciones públicas, hasta que logren alcanzar sus deberes básicos con la mayor prontitud, y que de esta manera su gestión se preste oportunamente cubriendo las necesidades y solicitudes de los destinatarios y usuarios, esto es, de la comunidad en general.

Igualmente ha señalado esta Corporación, que este principio tiene su fundamento en el artículo 2º de la Constitución Política, en el cual se señala que las autoridades de la Nación tienen la obligación de proteger la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de los ciudadanos, al igual que asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, lo cual encuentra desarrollo en artículo 209 Superior al declarar que la función administrativa está al servicio de los intereses generales entre los que se destaca el de la celeridad en el cumplimiento de las funciones y obligaciones de la administración pública". Ibídem.

⁸⁴ En el contexto internacional, el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra el derecho fundamental a la buena administración. Frente a este, el profesor Jaime Rodríguez Arana señala: "La buena Administración pública es un derecho de los ciudadanos, nada menos que un derecho fundamental, y, también, un principio de actuación administrativa. Los ciudadanos tienen derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la Administración. Y la Administración está obligada, en toda democracia, a distinguirse en su actuación cotidiana por su servicio objetivo al interés general. (...) Una buena Administración pública es aquella que cumple con las funciones que le son propias en democracia. Es decir, una Administración pública que sirve objetivamente a la ciudadanía, que realiza su trabajo con racionalidad, justificando sus actuaciones y que se orienta continuamente al interés general. Un interés general que en el Estado social y democrático de Derecho reside en la mejora permanente e integral de las condiciones de vida de las personas". Jaime Rodríguez-

constituye un criterio o estándar de conducta para las autoridades administrativas en el cumplimiento de sus funciones, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación:

"Tal cuestión encuentra un pertinente desarrollo legal en preceptos tales como el artículo 3° de la Ley 489 de 1998 y los artículos 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993 y 3° de la Ley 1437 de 2011, lo cual permite afirmar que a este entramado normativo subyace el principio jurídico de la Buena Administración, entendido este como un postulado normativo que ordena, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, que la Administración garantice los derechos de los administrados cuando entran en interacción con ella, ejecute de buena fe y bajo el estándar de la debida diligencia los deberes funcionales que el ordenamiento jurídico convencional, constitucional y legal le ha confiado y adopte las decisiones que correspondan de manera razonable y ponderada conforme a los valores, principios y reglas que se desprenden del marco jurídico legal, constitucional y convencional.

4.8.- Así afirmado, resulta que no se trata de un enunciado meramente programático o aspiracional, pues el mismo trata, antes que nada, de la adscripción de un verdadero derecho fundamental a la Buena Administración o, lo que es lo mismo, la manifestación de una suerte de posiciones jurídicas, protegidas por el ordenamiento, de defensa, prestación positiva e igualdad cuya titularidad recae sobre los administrados.

4.9.- Así, los contornos de este derecho no implican cosa diferente a la garantía material o efectiva de ejercer una función administrativa volcada, de manera decidida, hacia la satisfacción de los derechos e intereses de los administrados, a la concreción de los principios convencionales y constitucionales en el proceder de la administración acorde al estándar de la debida diligencia, en la revaloración del principio de legalidad comprendido éste desde una perspectiva sustancial y garantística por oposición a estrechas lecturas formalistas, en la ponderada y suficiente motivación de las decisiones que se adopten, en el despliegue de una gestión oportuna y eficaz, en la realización del principio de economía como criterio rector de la acción administrativa, en la transparencia de su obrar y todas aquellas otras circunstancias que se tornan esenciales para satisfacer un postulado básico y axial en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho cual es el de reconocer el empoderamiento de los ciudadanos como titulares de derechos y, por consiguiente, merecedores de una gestión administrativa de calidad"⁸⁵.

Como puede observarse, el principio y derecho a la buena administración ordena a esta última ejecutar de forma diligente, oportuna y eficaz sus deberes funcionales y adoptar las decisiones que corresponda de conformidad con los principios y reglas del ordenamiento

Arana. La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. Misión Jurídica, No. 6, 2013, 24. Adicionalmente, en España la jurisprudencia ha aplicado el principio a la contratación estatal. Así, el Tribunal Supremo (SCA, S. 7.^a), en sentencia de 22 de marzo de 2002 (rec. Cas. núm. 3176/1995), declaró que dentro de los procedimientos de selección para la adjudicación de contratos deben atenderse los principios de la buena administración, para la legitimidad de la actuación y en la STS (SCA, S.7.^a) de 5 de junio de 2001 (rec. casación núm. 4235/1995) afirmó que "los principios de buena administración" se recogen "precisamente como regla básica inspiradora de la contratación administrativa local".

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 10 de octubre de 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00165-00(55813).

jurídico colombiano, de tal suerte que la actividad administrativa debe enfocarse de manera comprometida a satisfacer los derechos e intereses de los administrados.

Finalmente, debe tomarse en consideración también el principio de la continuidad del servicio público⁸⁶, en virtud del cual quienes prestan el servicio no pueden realizar actos u omitir obligaciones que afecten dicha continuidad⁸⁷. Así, la Corte Constitucional ha indicado:

"La eficiencia como principio de la prestación de un servicio público se relaciona con la continuidad en el servicio, es decir que no debe interrumpirse la prestación salvo que exista una causa legal justificable constitucionalmente.

El principio de continuidad característico de los servicios públicos garantiza la posibilidad real de que la prestación del servicio sea oportuno y de él se desprende que quienes prestan el servicio no puedan realizar actos u omitir obligaciones que puedan comprometer su continuidad porque con ello afectan la efectividad en la prestación. Por ello todo lo que atente contra la debida prestación del servicio se entenderá como un acto contrario a derecho porque atenta contra el principio de la eficiencia y continuidad propio de los servicios públicos y además, el artículo 2 de la Constitución establece como uno de los fines del Estado el de garantizar la efectividad de los principios⁸⁸.

Por consiguiente, la apertura de un proceso licitatorio para concluir las obras faltantes del contrato No. 3460 de 2008 encuentra plena justificación a la luz de los principios que guían la actividad de contratación de la administración, pues con la celebración de la referida licitación pública: i) se satisfacen los fines estatales y el interés público, ii) se garantiza la adecuada, continua y eficiente prestación del servicio público, iii) se adopta por parte del INVÍAS una postura activa y diligente en la búsqueda de una solución cierta, oportuna,

⁸⁶ "El derecho de la contratación administrativa incorpora el principio de continuidad de los servicios públicos. (...) Es el principio de la continuidad de los servicios públicos, que es la nota esencial del servicio público, la esencia del servicio público, y un verdadero principio jurídico". Jesús Jordano Fraga, en Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo de la Crisis, en Crisis económica y crisis del Estado bienestar. El papel del Derecho Administrativo (José Luis Piñar Mañas). Editorial Reus, 2013, p. 75.

⁸⁷ Frente a este principio la doctrina ha señalado: "El servicio debe prestarse sin interrupción puesto que con él se satisfacen necesidades básicas de la comunidad". José Esteve Pardo, Lecciones de Derecho Administrativo, Marcial Pons. 2011, p. 435. "Principio de la continuidad. Consiste en que los servicios públicos deben funcionar de manera ininterrumpida, a fin de satisfacer las exigencias del interés general". Libardo Rodríguez Rodríguez. Derecho Administrativo. 18ª edición. Editorial Temis S.A.. 2013, p. 675.

⁸⁸ Corte Constitucional. Sentencia del 4 de mayo de 2001, T-457/01. "En este orden de ideas, tanto de la Constitución como de la ley se extrae que los principios esenciales comunes al servicio público se vinculan a las siguientes ideas: continuidad, adaptación a las nuevas circunstancias e igualdad. Para el caso que ocupa a esta Sala de Revisión, el principio de la continuidad es el que genera más atención en esta sentencia. El servicio público responde por definición a una necesidad de interés general; ahora bien, la satisfacción del interés general no podría ser discontinua; toda interrupción puede ocasionar problemas graves para la vida colectiva. La prestación del servicio público no puede tolerar interrupciones. La continuidad contribuye a la eficiencia de la prestación, pues sólo así ésta será oportuna y se da cumplimiento a la función administrativa consagrada en el artículo 209 de la Constitución Política. (...) A manera conclusión considera la Sala de Revisión que el servicio público se caracteriza por la continuidad en la prestación del mismo". Corte Constitucional. Sentencia del 24 de septiembre de 1993, T-406/93.

eficaz, proporcional, apta y necesaria frente a la contingencia que se presenta y iv) y se protege el patrimonio y los recursos públicos.

6.1.3. La obligación del Estado de proteger el patrimonio y los recursos públicos y de precaver la ocurrencia de daños patrimoniales y ecológicos.

Adicionalmente, teniendo en cuenta lo manifestado por el INVÍAS y el Ministerio consultante, es fundamental la celebración de un nuevo contrato para terminar las obras⁸⁹, en atención a la obligación que tiene el Estado de proteger el patrimonio y los recursos públicos y de evitar la ocurrencia de daños patrimoniales y ecológicos.

Así, de no culminarse la obra, podrían deteriorarse las obras ya realizadas⁹⁰, como lo señaló el INVÍAS en la Resolución 9006 del 20 de Diciembre de 2016:

"Que en virtud de la terminación del contrato en cita quedaron unas (sic) serie de obras inconclusas, fallas geológicas y vertimientos sin atender con lo cual se genera el riesgo de deterioro de las obras realizadas o de la ocurrencia de situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o desastre que demanden actuaciones inmediatas, conforme lo establece el artículo 42 de la ley 80 de 1993".

Por su parte, en el concepto técnico del 1º de diciembre de 2016, citado por el Ministerio, el Interventor del Contrato No. 3460 de 2008 señaló:

"Los procesos constructivos en los túneles son secuenciales y deben responder oportunamente a las dificultades que aparezcan en el frente de excavación, de modo que si se inicia determinado proceso, debe de llevarse completamente a término, pues se corre el riesgo de la ocurrencia de eventualidades tales como: cierres de sección, inundaciones, daño del soporte, deslizamientos, colapsos y la obstrucción del paso del revestimiento final.

(...)

"La no atención permanente y continua de los sitios enumerados y que se encuentran en tratamientos de reforzamiento y estabilización, producidos por presiones litostáticas (altas coberturas), hidrostáticas (grandes afluencias de agua) y esfuerzos residuales (por sismos ocurridos en el pasado y recientes), conduce a la deformación completa de las paredes de excavación y puede llevar al colapso parcial del túnel con consecuencias impredecibles en tiempo y costo para su recuperación.

⁸⁹ El Ministerio consultante y el INVÍAS también señalan que la obra que debe terminarse es de importancia estratégica para el país, característica que fue reconocida en el documento CONPES No. 3485 del 27 de agosto de 2007.

⁹⁰ La no realización de la licitación pública de forma rápida y eficiente, daría también lugar a un eventual detrimento patrimonial derivado del deterioro de las obras realizadas durante la vigencia del contrato No. 3460 de 2008, como se advierte en la Resolución 9006 del 20 de diciembre de 2016 del INVÍAS: "Que teniendo en cuenta los anteriores pronunciamientos proferidos tanto por la Interventoría, como por las áreas técnicas competentes al interior del INVÍAS, es posible deducir que es necesario llevar a cabo de inmediato y sin interrupción, so pena de incurrir en riesgos de serios deterioros de los trabajos adelantados hasta la fecha o de la continuidad del servicio de transporte, las siguientes actividades y obras prioritarias".

En el caso que se suspendieran en su totalidad los tratamientos propios para la recuperación de las zonas de falla, como las actividades de consolidación, drenaje, re-perfilación, sustitución del soporte, como ya se dijo, la tendencia de esta excavación, y en especial en el caso puntual del cruce de la Cordillera Central es cerrarse.

El no cumplimiento oportuno y completo de las actividades relacionadas con el ciclo de excavación, conllevaría a la no estabilización de la sección lo cual impediría realizar los procedimientos relacionados con revestimiento final, ocasionando altos costos en la recuperación de la sección, cuando se requiera retomar las actividades.

Gran parte de los caudales subterráneos captados por la excavación del Túnel Principal, fluyen espontáneamente (por gravedad) hacia el Túnel Piloto, pero desde la Galería 2 hasta el Portal del Quindío, el agua se recoge y mediante un proceso de bombeo permanente, se conduce a los tanques de la planta de tratamiento, por lo cual este proceso no se puede interrumpir hasta que se haga el sistema de drenaje definitivo; su suspensión obligaría a producir vertimientos de las aguas provenientes de este sector hacia la microcuenca de la Quebrada La Gata, causando de nuevo los costosos problemas ambientales ya conocidos del pasado⁹¹.

Igualmente, según la Interventoría en el oficio No. 998-0157-6236 del 2 de diciembre de 2016, citado en la Resolución 9006 del 20 de Diciembre de 2016 del INVÍAS⁹²:

"[E]l riesgo potencial que se corre al suspender actividades es alto, tanto para la estabilidad de los terrenos involucrados como para las obras; a continuación se presenta un listado de los sitios más susceptibles, sobre los cuales debe mantenerse monitoreo, control y vigilancia permanente para evitar peligros y eventualidades no deseadas".

Como puede observarse, de acuerdo con lo explicado por el INVÍAS y el Interventor, la parálisis de la obra por un tiempo prolongado conllevaría un número importante de riesgos técnicos, que de materializarse, pueden afectar de forma gravosa las obras hasta ahora realizadas, lo cual, aun podría haberse considerado como una necesidad inmediata y manifiesta en cuanto a la urgencia de las obras descritas en el informe del interventor.

También se indicó que la falta de culminación de la obra afectaría el normal desarrollo y finalización de otros contratos que actualmente se adelantan y hacen parte del proyecto Cruce de la Cordillera⁹³, generándose inclusive una inoperatividad de todo el proyecto en

⁹¹ Concepto técnico del 1º de Diciembre de 2016 proferido por el Interventor del contrato. Comunicación 998-0157-6231.

⁹² "Por medio de la cual se declara la Urgencia Manifiesta para llevar a cabo las obras prioritarias de mantenimiento, atención inmediata y continua, preventiva y correctiva, en el proyecto Cruce de la Cordillera Central; Túneles del II Centenario – Túnel de la Línea y Segunda Calzada Calarcá – Cajamarca".

⁹³ Señaló el Ministerio en el texto de la consulta que el contrato No. 3460 de 2008 "no incluyó la construcción del intercambiador Versailles en la confluencia de la segunda calzada con la variante a Calarcá y Armenia, la terminación del sector denominado "obras anexas", la terminación del túnel piloto ni la adquisición e instalación de los equipos electromecánicos del túnel principal requeridos para su operación.

2.4 La terminación del túnel piloto y de las obras anexas para lo cual se suscribió el Contrato no. 1883 de 2014, con el objeto de efectuar la "TERMINACIÓN DEL TÚNEL PILOTO "CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL" por un valor de \$113.903.843.165, con fecha de terminación del 15 de septiembre de 2017, que incluye actividades de revestimiento, pavimento, manejo de aguas, tratamientos de zonas de falla y

su conjunto. Así, el Ministerio de Transporte indicó en el texto de la consulta, con fundamento en lo afirmado por el interventor de la obra, que:

"Es indispensable para el Estado Colombiano la terminación de la obra en este momento y no poner en riesgo la estabilidad, ya que según el concepto rendido por la Interventoría CONSORCIO DIS S.A. EDL LTDA mediante comunicación NO. 998-0157-6231 del 1 de diciembre de 2016, se estaría frente a un riesgo potencial desde el punto de vista técnico, con la suspensión de las actividades de construcción de las obras ejecutadas del contrato en comento; adicionalmente teniendo en cuenta que existen en el corredor contratos en ejecución, se podrían generar impactos negativos de diversa índole. Por lo tanto, con el fin de minimizar los riesgos anteriormente mencionados, generados por la no terminación de las obras faltantes e imposibilidad de poner a disposición de los usuarios de la vía el proyecto en condiciones de transitabilidad, estaríamos frente a la inoperatividad de todo el proyecto en su conjunto".

Adicionalmente, si como resultado de la parálisis de la obra se afectan los demás contratos que están en ejecución, podría comprometerse la responsabilidad patrimonial del Estado, y por consiguiente, dar lugar al pago de indemnizaciones en claro detrimento del erario público.

Igualmente, la paralización de la obra generaría también importantes riesgos en materia ambiental. Así, el Gestor Ambiental del proyecto manifestó, de acuerdo con lo citado en la referida Resolución del 20 de diciembre de 2016 del INVÍAS:

"Con respecto a las actividades prioritarias y de atención inmediata y continua en el Túnel del II Centenario, un impacto ambiental adverso que se ocasionaría tras el vencimiento del plazo e incumplimiento del objeto contractual, consiste en la descarga directa de aguas residuales industriales a la Quebrada La Gata – Quebrada el Salado, fuente de abastecimiento del sistema de acueducto del municipio de Calarcá en el departamento del Quindío.

acabados finales. El túnel piloto tendrá utilidad como túnel de rescate, galería de emergencias y servicio de túnel principal.

2.5. El intercambiador Versalles le dará continuidad a la segunda calzada en ejecución con el Municipio de Calarcá y garantizará su funcionalidad, así como la conexión con las diferentes vías y el ajuste al nuevo alineamiento, el cual consta de un viaducto helicoidal de 300 m y 2 pasos a desnivel para la distribución del flujo hacia Buenaventura y Armenia, se ejecuta según el contrato No. 1793 de 2015 cuyo objeto corresponde a la "GESTIÓN PREDIAL, SOCIAL, AMBIENTAL, CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DEL INTERCAMBIADOR VERSALLES – PROYECTO CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL" por un valor de \$100.386.295.805, con fecha de finalización 1º de mayo de 2018.

2.6. La contratación de los Equipos Electromecánicos del proyecto se adelanta mediante el contrato No. 1759 de 2015, cuyo objeto se refiere al "SUMINISTRO, INSTALACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DE LOS EQUIPOS ELECTROMECÁNICOS DEL PROYECTO "CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL", por un valor de \$363.000.000.000, con fecha de finalización del 1º de agosto de 2018. Para que el Túnel unidireccional y los demás 24 túneles del proyecto puedan entrar en operación, una vez estén terminados se hace necesario el suministro e instalación de los equipos electromecánicos que hagan posible el paso vehicular en condiciones de seguridad, movilidad y comodidad para los usuarios, los cuales incluye iluminación, ventilación, extinción y control automatizado; la conexión eléctrica del túnel prevé condiciones de carga especiales e incluye ITS (Sistemas de Control Automatizado), para los túneles del corredor".

(...)

La situación descrita, constituiría el desacato de la sentencia en segunda instancia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo el día 19/09/2013.

(...)

De otra parte cualquier incidente dentro del túnel como desplomes o derrumbes ocasionaría la contaminación de las aguas de filtración tanto por materiales industriales como naturales que finalmente se convertirían en sedimentos que van a parar directamente a las fuentes de agua por escorrentía, ocasionando afectación en la calidad para su consumo".

Es importante destacar en materia de riesgos que la solicitud de concepto evoca una consulta anterior relacionada con la posibilidad de celebrar un contrato para finalizar una obra inconclusa, en la cual la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado consideró viable contratar directamente mediante la modalidad de urgencia manifiesta las obras necesarias para terminar el túnel Buenavista, obra que hacía parte del proceso de construcción de la carretera Bogotá - Villavicencio, y que no había sido culminada al vencimiento del contrato. Para la Sala, frente a los múltiples riesgos que existían por la parálisis de la obra, era necesario adelantar el respectivo proceso de contratación, teniendo en cuenta que:

"El concepto técnico emitido por un experto en túneles y aceptado por el Instituto Nacional de Vías, demuestra que las condiciones actuales del túnel Buenavista no permiten una solución distinta a la pronta contratación de las obras necesarias para su terminación. De lo contrario, se estaría en una situación que genera alto riesgo de daño e inclusive de calamidad, lo cual obliga a su permanente vigilancia y mantenimiento y la destinación de una cuantiosa inversión, mientras las obras permanecen paralizadas, en una especie de statu quo, que podría prolongarse durante un lapso no inferior a seis meses o sea mientras se adelanta el proceso de licitación pública. Es evidente que ello no beneficiaría al Estado, ni a los usuarios de tan importante vía, ni al túnel mismo.

La situación, que es de anormalidad, no da espera y por eso debe ser remediada con los instrumentos que confiere la ley. Es, por tanto, imperiosa la contratación directa y para ello es menester acudir a la urgencia manifiesta"⁹⁴.

6.2. La licitación pública dirigida a concluir las obras faltantes del contrato No. 3460 de 2008 y el doble reconocimiento o doble pago.

En virtud del principio de economía establecido en los artículos 209º de la Constitución Política y 3º de la Ley 1437 de 2011, las autoridades administrativas no sólo deben actuar con austeridad y eficiencia, sino también optimizar el uso de los recursos estatales⁹⁵.

⁹⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 28 de enero de 1998, Radicación número: 1.073.

⁹⁵ Es por ello que en nuestra legislación encontramos normas en donde se invita a las autoridades a que actúen de manera coordinada para evitar un uso ineficiente de los recursos públicos. Así, el artículo 66 de la Ley 1530 de 2012 señala: "La Nación y las entidades territoriales coordinarán sus actuaciones con el fin

Dentro de este marco, la Sala encuentra entendibles las inquietudes manifestadas por el DNP frente al nuevo proceso licitatorio, pues, de acuerdo con esta entidad, el INVÍAS está solicitando recursos públicos para realizar una serie de obras que ya habían sido financiadas y contratadas a través del contrato "llave en mano" No. 3460 de 2008. Así, en la comunicación No. 20174340149091 de fecha 1º de marzo de 2017, el DNP manifestó al INVÍAS respecto a las vigencias futuras del Túnel de la Línea lo siguiente:

"Para el tema que nos ocupa, la nueva solicitud de vigencias futuras, en esta oportunidad ordinarias, plantea que el compromiso a adquirir se eleva a \$249.207 millones, los cuales se componen de \$105.060 millones que están apropiados en la actual vigencia y \$144.417 millones adicionales, que corresponderían a la autorización de vigencias futuras para el año 2018.

Según lo expuesto por la entidad solicitante, los \$105.060 millones están destinados a apalancar el compromiso nuevo que se va a adquirir, lo que incluye la ejecución de obras que fueron objeto de programación, compromiso, obligación y pago anterior por parte de la entidad, bajo la modalidad de contrato "llave en mano". Por otra parte, respecto de los \$144.147 millones adicionales, se encuentra que \$133.182 millones corresponderían a cantidades de obra no contratadas inicialmente y los restantes \$10.965 millones a obras previamente contratadas.

Así las cosas, esta Dirección concluye que:

- 1. La nueva autorización de vigencias futuras estaría destinada a financiar obra para desarrollar el proyecto de inversión "CONSTRUCCIÓN OBRAS ANEXAS Y TÚNEL DEL SEGUNDO CENTENARIO. DEPARTAMENTOS DE TOLIMA Y QUINDÍO, de la mayor importancia para el país, sobre el cual el CONPES se ha pronunciado, desde el 2008, en (4) cuatro ocasiones, en aras de buscar su terminación y puesta en marcha de manera integral.*
- 2. Para estos efectos, esta Dirección se ha pronunciado emitiendo concepto previo favorable para la asunción de vigencias futuras, que han sido autorizadas posteriormente por el Confis, las cuales han contado con el sustento jurídico y técnico suficiente.*
- 3. Parte de la autorización y el certificado de disponibilidad que la apalanca estarían destinados, en el marco del proyecto de inversión propuesto, para financiar obras que fueron*

de optimizar los recursos que integran el Sistema General de Regalías. Así, propenderán por la gestión integral de iniciativas de impacto regional, sin que a través del Presupuesto General de la Nación, de los presupuestos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Entidades Territoriales se incluyan apropiaciones para el financiamiento de las mismas iniciativas, salvo que correspondan a mecanismos de cofinanciación". En el mismo sentido, el artículo 102 de la Ley 715 de 2001 dispone: "Restricciones a la presupuestación. En el Presupuesto General de la Nación no podrán incluirse apropiaciones para los mismos fines de que trata esta ley, para ser transferidas a las entidades territoriales, diferentes de las participaciones reglamentadas en ella, sin perjuicio de las apropiaciones presupuestales para la ejecución de funciones a cargo de la Nación con participación de las entidades territoriales, del principio concurrencia y de las partidas de cofinanciación para programas en desarrollo de funciones de competencia exclusiva de las entidades territoriales".

objeto de programación, compromiso, obligación y pago anterior por parte de la entidad, bajo la modalidad de contrato "llave en mano".

4. Lo anterior, según lo entiende esta Dirección, significa que parte de los recursos solicitados de vigencias futuras, serán destinados a financiar compromisos que ya surtieron su ciclo presupuestal, es decir, ya fueron pagados.

(...)

En este contexto, esta Dirección carece de suficiente sustento jurídico y financiero para emitir concepto favorable respecto de la utilización de recursos provenientes de vigencias futuras, para el pago de unos conceptos que aparecen pagados dentro del proyecto, lo que puede constituir una doble financiación".

Igualmente, las manifestaciones realizadas por el DNP son válidas, pues responden al cumplimiento de sus deberes legales a la luz de lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto 3517 de 2009, modificado por el artículo 9º del Decreto 1118 de 2014, el cual establece entre las funciones de la Dirección de Inversiones y Finanzas Públicas del DNP las de:

"10. Realizar el seguimiento del uso de los recursos públicos mediante el análisis de impacto, eficiencia y productividad de los programas y proyectos financiados por los mismos.

11. Realizar el control y seguimiento a la ejecución presupuestal de los programas y proyectos financiados, total o parcialmente, con recursos públicos".

Con todo, es claro que en el caso que nos ocupa existe la necesidad de culminar una obra estratégica desde el punto de vista social, económico y de integración, lo cual parece enfrentar a las autoridades públicas a un aparente dilema de actuar por un lado, con responsabilidad para que los dineros del Estado sean bien invertidos, no autorizando que se inviertan recursos para cubrir prestaciones de un contrato que ya se había financiado, y de otra, la necesidad de terminar una obra de importancia estratégica para el país con el propósito de satisfacer las necesidades de la comunidad y los fines estatales.

Para la Sala, en el caso objeto de estudio, una vez analizada la información proporcionada por las partes interesadas (Ministerio del Transporte, INVÍAS y DNP) la consulta debe resolverse conforme a la postura que asegure la finalidad del contrato, la satisfacción de la necesidad urgente de la comunidad en cuanto a la culminación de la obra requerida, la protección del patrimonio y los recursos públicos y la prestación continua del servicio, teniendo en cuenta lo demandado por los artículos 2º, 209 y 365 de la Carta Política y 3º, 25, 26 y 28 de la Ley 80 de 1993 y los principios de economía, eficacia, precaución, eficiencia, celeridad, buena administración y continuidad del servicio, sin menoscabo del deber de asegurar por el INVÍAS la debida ejecución de los dineros públicos, y de tomar las medidas preventivas y correctivas que eviten el doble pago por la ejecución de unas mismas obras o ítems de obras.

Una posición diferente implicaría en este caso concreto, que una tarea tan importante como es controlar que los recursos públicos se inviertan apropiadamente, si no se

armoniza con el propósito que busca el Estado al contratar, como lo es el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, puede llegar a convertirse en un obstáculo para cumplir con estos cometidos.

Por lo tanto la función de control del DNP debe articularse con la misión que debe adelantar el INVÍAS, tal como lo ordena la Constitución Política y las normas que la desarrollan, las cuales demandan a las autoridades públicas coordinar sus actuaciones con miras a un adecuado cumplimiento de los fines estatales, concertando sus actividades cuando así se requiera.

Se advierte que la ejecución de un contrato de obra, como el que se consulta, pueda presentar muchas contingencias, algunas previsibles en donde es factible asignar riesgos a los participantes para que en caso de que se produzcan los asuman, y en otras, imprevisibles frente a las cuales los ordenamientos entregan fórmulas para resolver el conflicto, ya sea mandando restablecer el equilibrio que se ha roto u ordenando terminar el negocio, como sucede en ciertos casos en materia de derecho privado. De igual manera, se pueden presentar otras contingencias que son propias de las obligaciones que originan los contratos, las cuales en caso de incumplirse pueden derivar en una responsabilidad contractual.

Aun en el evento de la primera contratación fallida, aunque el INVÍAS debe actuar de forma diligente para exigir y obtener el resarcimiento del daño causado e imponer las sanciones que correspondan, en caso de que sea procedente, ello no puede suponer la parálisis de las obras necesarias para su culminación.

Teniendo en cuenta estas premisas se puede advertir que los contratos pueden estar sujetos a múltiples contingencias, pero el hecho de que se presenten no implica que la administración asuma una actitud pasiva, mientras se resuelve la situación a través de uno de los medios que establece la ley.

Según la información suministrada por el INVÍAS, el contrato No. 3460 de 2008 finalizó sin que se hubiera cumplido totalmente el objeto contractual por las razones que se explicaron anteriormente y por ende es necesario culminar las obras, sin perjuicio de que se inicien las acciones administrativas y judiciales correspondientes, con el fin de recuperar los dineros pagados sobre eventuales obras no ejecutadas a cabalidad, contra las personas naturales y jurídicas que resulten responsables.

Es evidente que en el caso en estudio estamos en presencia de dos situaciones, una, la responsabilidad que le puede caber a quienes participaron en el contrato, y hayan dado lugar a que el objeto contractual no se haya cumplido (las eventuales responsabilidades de los servidores públicos que definieron las reglas del pliego, el contrato y sus modificaciones, y por otra parte, las graves deficiencias del contratista en su ejecución), y otra el deber de las autoridades de tomar las medidas necesarias para que dicho objeto se cumpla.

Es claro que estas medidas que se tomen, por supuesto, van a implicar recursos adicionales, que dada la situación, son necesarios para poder culminar la obra que se previó; lo cual no implica que haya un doble reconocimiento o doble pago, habida cuenta que la finalidad de estas erogaciones es poder resolver una contingencia que se presenta, pero que por la necesidad del servicio es necesario superar asignando nuevos dineros, y no obedecen a pagar obras ya ejecutadas a satisfacción.

Tal como se indicó a la Sala, el valor del contrato No. 3460 de 2008 se aumentó y canceló por las razones expuestas por el INVÍAS, gran parte derivadas de las estipulaciones contractuales sobre riesgo geológico. Esta circunstancia y el que no se hubiese cumplido el objeto contractual en los términos señalados, no implica necesariamente que los pagos que se realicen posteriormente para poder alcanzar la finalidad perseguida en el contrato den lugar a un doble pago.

En primer lugar, por cuanto las obras e ítems que se incluirían en el nuevo contrato no corresponden a los realizados a satisfacción por el contratista del contrato No. 3460, sino a obras faltantes para culminar el objeto previsto.

Así, el INVÍAS tiene el deber de garantizar que no haya un doble pago y, por lo tanto, debe tomar las medidas requeridas para asegurar que las obras del nuevo negocio jurídico que se llegue a celebrar correspondan a obras que: i) no eran parte del objeto de dicho contrato, o ii) que siéndolo, no fueron ejecutadas por el contratista, o iii) que habiéndolo sido, es necesario corregirlas. En esta dirección, no harán parte del objeto contractual las obras que hayan sido ejecutadas y terminadas correctamente bajo el contrato No. 3460 de 2008. Todo esto, se reitera, sin perjuicio de las acciones administrativas y judiciales que deba adelantar la entidad para recuperar los dineros pagados sobre eventuales obras no ejecutadas satisfactoriamente.

Es decir, a través del nuevo procedimiento de selección no se busca repetir obras, sino hacer realidad aquellas que, aunque previamente fueron objeto de programación, compromiso, obligación y pago, como lo señala el DNP, lo cierto es que no se llevaron a feliz término. Por tanto, es necesario culminarlas para satisfacer el fin perseguido por el Estado, tal como lo demanda la Constitución Política y el espíritu o razón de las normas que regulan la contratación estatal.

En segundo lugar, la razón de ser de la erogación adicional es poder superar la situación que impide cumplir con el cometido estatal perseguido con el objeto contractual frustrado. De donde se sigue que, más que considerarse como un doble pago o una doble financiación, debe entenderse como una medida apremiante que responde al deber jurídico que tiene el Estado de tutelar la finalidad del contrato, actuar de conformidad con los principios que rigen la contratación estatal, proteger el patrimonio y los recursos públicos, precaver la ocurrencia de daños patrimoniales y ecológicos, garantizar la continuidad del servicio y terminar una obra inconclusa e importante para la sociedad.

La asignación de recursos para culminar el Túnel de la Línea y la segunda calzada Calarcá – Cajamarca, serían los necesarios para poder satisfacer una necesidad sentida de la

comunidad que de otro modo se vería malograda si las autoridades no adoptan las medidas requeridas para adelantar las obras inconclusas.

La postura asumida por la Sala permite que cuando se presenten contingencias de cualquier naturaleza en una situación contractual, como la que se estudia, el Estado no se vea imposibilitado para hacer frente a dicha situación, pues es un deber estatal sortearlas con miras a que ese objeto contractual cumpla su finalidad, pues el Estado al contratar invierte sus recursos, no por capricho, sino porque en verdad la sociedad necesita del mismo.

En un Estado social de derecho como el nuestro, las autoridades no sólo deben velar para que los contratos estatales se ejecuten de manera eficiente, sino también para que su objetivo sea una realidad, de ahí que deban sortearse todos los obstáculos que impidan hacerlo, pues no debe olvidarse que al contratar no sólo se busca satisfacer una necesidad particular de los ciudadanos, sino que está a su vez sirva a otros objetivos de tipo social y económico.

Aunque lo ideal no es que el Estado esté realizando pagos adicionales a los presupuestados, lo cierto es que por razones de buena administración, aquél debe en ocasiones efectuarlos cuando sea necesario para evitar afectar a la sociedad y cumplir con sus cometidos, sin perjuicio de que se adelanten las acciones correspondientes contra aquellos que causen un detrimento patrimonial por sus comportamientos que se alejan del rol que les exige el Estatuto contractual.

Las circunstancias particulares vividas por el proyecto fuerzan, en concepto de la Sala, a hacer particular énfasis en el deber de planeación. En línea con lo anterior, y con el propósito de garantizar que en el nuevo proceso licitatorio no se presente un doble pago o doble asignación de los recursos del Estado, el INVÍAS tiene la obligación de:

- i) Establecer en forma expresa en el nuevo pliego de condiciones que el objeto del contrato no recaerá sobre obras ya ejecutadas y finalizadas a satisfacción por el contratista del contrato No. 3460 de 2008. Por lo tanto, a quien resulte seleccionado no se le podrán contratar las obras que respondan a este criterio –y deberá ser impuesto de esta circunstancia-, con el propósito de atender un deber mínimo de precaución y de precaver un eventual doble pago, como lo ha advertido el DNP.
- ii) Ejercer, en forma directa y a través del interventor del nuevo contrato, una estricta vigilancia y control sobre las obras realizadas y el uso de los recursos públicos para la ejecución de las mismas, para que no se paguen obras ejecutadas completa y correctamente durante la vigencia del contrato No. 3460 de 2008 y se cumpla finalmente con la obra requerida por la comunidad.
- iii) Informar y explicar de manera suficiente al DNP los pagos realizados en virtud del contrato No. 3460 de 2008 y su sustento en las estipulaciones específicas del contrato y en la conciliación suscrita por las partes y aprobada por el juez arbitral.

iv) Estructurar adecuadamente los nuevos pliegos en relación con el anticipo, la forma de pago y la distribución de riesgos, para evitar que se repita la situación que motivó la consulta.

Con fundamento en las anteriores consideraciones,

La Sala RESPONDE:

1. Atendiendo las consideraciones técnicas y jurídicas expuestas con antelación; es procedente que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS decida adelantar el proceso licitatorio orientado a contratar la ejecución del doce por ciento (12%) de las obras faltantes para culminar la construcción del Túnel de la Línea, señalando que se realizó solamente el ochenta y ocho por ciento (88%) de las obras contempladas dentro del objeto y alcance contractual, precisando que el plazo de ejecución del Contrato de Obra Pública No. 3460 de 2008 suscrito con la UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO – desarrollado con la modalidad de "Llave en mano" (Precio Global Fijo)- feneció el 30 de noviembre de 2016?

En concepto de esta Sala, celebrar un nuevo contrato para culminar las obras faltantes del contrato No. 3460 de 2008, bajo el procedimiento de licitación planteado en la consulta, no sólo es viable sino necesario teniendo en cuenta el deber jurídico que tiene la Administración de lograr el fin del contrato y satisfacer los fines estatales y la continuidad del servicio público, tal y como lo demandan los artículos 2º, 209 y 365 de la Carta Política, 3º, 25, 26 y 28 de la Ley 80 de 1993 y 3º de la Ley 1437 de 2011.

Así, la terminación de las obras encuentra justificación en atención a: i) la debida tutela sobre la finalidad del contrato, esto es, la satisfacción de una necesidad de servicio público de interés general, ii) la aplicación de los principios de economía, eficacia, precaución, eficiencia, celeridad, buena administración y continuidad del servicio y iii) la obligación que tiene el Estado de proteger el patrimonio y los recursos públicos y de precaver la ocurrencia de daños patrimoniales y ecológicos.

En este sentido, la culminación de las obras es necesaria en virtud de: a) la urgencia y necesidad de evitar la parálisis de la obra por un tiempo prolongado puesto que ello conllevaría, de acuerdo con lo expresado por los expertos, un sin número de riesgos ecológicos y técnicos, los cuales, de materializarse, pueden afectar de forma gravosa las obras hasta ahora realizadas, y además se perturbaría el normal desarrollo y finalización de otros contratos que actualmente se adelantan y hacen parte del proyecto Cruce de la Cordillera, pudiéndose ocasionar una inoperatividad de todo el proyecto en su conjunto, b) el posible detrimento patrimonial que podría producirse por el deterioro de las obras ya realizadas y c) la posible responsabilidad patrimonial del Estado ante la afectación económica y técnica de los otros contratos del proyecto que dependen de la finalización de las obras.

2. En el evento de adelantarse el proceso licitatorio señalado en precedencia y haciendo referencia al ordenamiento legal vigente en materia presupuestal, el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS estaría expuesto a incurrir en un eventual doble

reconocimiento o “doble pago”? Qué consecuencias legales acarrea ante la Administración Pública, si llegare a presentarse tal situación?

En virtud del principio de economía establecido en los artículos 209 de la Constitución Política y 3º de la Ley 1437 de 2011, las autoridades administrativas deben actuar con austeridad, eficiencia y optimizar el uso de los recursos públicos. Con todo, ello no implica que cuando se presenten contingencias de cualquier naturaleza, el Estado se vea imposibilitado para hacer frente a dicha situación, pues es un deber estatal sortearlas con miras a que ese objeto contractual cumpla su finalidad, tal como lo exigen las reglas y principios que rigen la contratación estatal, señalados en la respuesta anterior.

Según la información suministrada por el INVÍAS, el contrato No. 3460 de 2008 finalizó sin que se hubiera cumplido totalmente el objeto contractual por las razones que se explicaron anteriormente y por ende es necesario culminar las obras, sin perjuicio de que se inicien las acciones administrativas y judiciales correspondientes, con el fin de recuperar los dineros pagados sobre eventuales obras no ejecutadas a cabalidad, contra las personas naturales y jurídicas que resulten responsables.

Tal como se indicó en la parte considerativa, el valor del contrato No. 3460 de 2008 se aumentó y canceló por las razones expuestas por el INVÍAS, gran parte derivadas de las estipulaciones contractuales sobre riesgo geológico. Esta circunstancia y el que no se hubiese cumplido el objeto contractual en los términos señalados, no implica necesariamente que los pagos que se realicen posteriormente para poder alcanzar la finalidad perseguida en el contrato, den lugar a un doble pago. En efecto, según lo informado por el INVÍAS: i) las obras e ítems que se incluirían en el nuevo contrato no corresponden a los realizados a satisfacción por el contratista del contrato No. 3460, sino a obras faltantes para culminar el objeto previsto, y ii) la razón de ser de esta erogación adicional es poder superar la situación que impide cumplir con el cometido estatal perseguido con el objeto contractual frustrado. Más que considerarse como un doble pago o una doble financiación, debe entenderse como una medida apremiante que responde al deber jurídico que tiene el Estado de tutelar la finalidad del contrato, actuar de conformidad con los principios que rigen la contratación estatal, proteger el patrimonio y los recursos públicos, precaver la ocurrencia de daños patrimoniales y ecológicos, garantizar la continuidad del servicio y terminar una obra inconclusa e importante para la sociedad.

Así, el INVÍAS tiene el deber de garantizar que no haya un doble pago y, por lo tanto, debe tomar todas las medidas requeridas para asegurar que las obras del nuevo contrato que se llegue a celebrar correspondan a obras que: i) no eran parte del objeto de dicho contrato, o ii) que siéndolo, no fueron ejecutadas por el contratista, o iii) que habiéndolo sido, es necesario corregirlas. De esta manera, no harán parte del objeto contractual las obras que hayan sido ejecutadas y terminadas correctamente bajo el contrato No. 3460 de 2008.

Las circunstancias particulares vividas por el proyecto fuerzan, en concepto de la Sala, a hacer particular énfasis en el deber de planeación. En línea con lo anterior, y con el propósito de garantizar que en el nuevo proceso licitatorio no se presente un doble pago o doble asignación de los recursos del Estado, el INVÍAS tiene la obligación de:

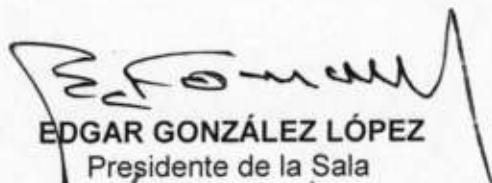
i) Establecer en forma expresa en el nuevo pliego de condiciones que el objeto del contrato no recaerá sobre obras ya ejecutadas y finalizadas a satisfacción por el contratista del contrato No. 3460 de 2008. Por lo tanto, a quien resulte seleccionado no se le podrán contratar las obras que respondan a este criterio –y deberá ser impuesto de esta circunstancia-, con el propósito de atender un deber mínimo de precaución y de precaver un eventual doble pago, como lo ha advertido el DNP.

ii) Ejercer, en forma directa y a través del interventor del nuevo contrato, una estricta vigilancia y control sobre las obras realizadas y el uso de los recursos públicos para la ejecución de las mismas, para que no se paguen obras ejecutadas completa y correctamente durante la vigencia del contrato No. 3460 de 2008 y se cumpla finalmente con la obra requerida por la comunidad.

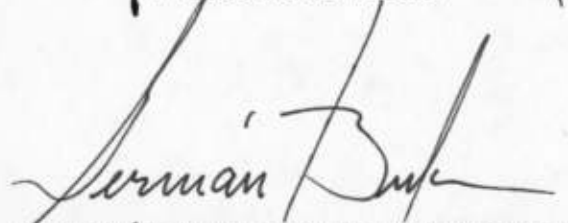
iii) Informar y explicar de manera suficiente al DNP los pagos realizados en virtud del contrato No. 3460 de 2008 y su sustento en las estipulaciones específicas del contrato y en la conciliación suscrita por las partes y aprobada por el juez arbitral.

iv) Estructurar adecuadamente los nuevos pliegos en relación con el anticipo, la forma de pago y la distribución de riesgos, para evitar que se repita la situación que motivó la consulta.

Remítase al Ministerio de Transporte y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



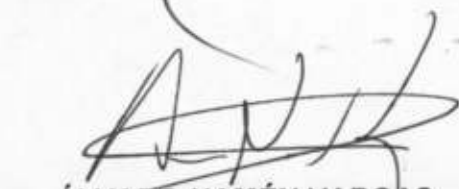
EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala



GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado



OSCAR DARIO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado



ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado



LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala