EDICIÓN Nº 08
AGOSTO 2025

FDP LEGAL | Freire & De La Pava

BOLETÍN JURÍDICO

En esta edición:

- Consejo de Estado unifica jurisprudencia sobre los “hechos cumplidos”.
- ¿Puede la diferencia entre el precio pactado con el contratista y el costo de adquisición con un tercero, representar un posible detrimento?.
- Laudo arbitral Coviandina vs ANI – polizas y riesgos.
- La presentación de la demanda como límite a la facultad sancionatoria.
- Consejo de Estado reafirma la exigibilidad de cláusulas penales por incumplimiento grave en contratos estatales.

Actualidad jurídica en contratación Estatal

En esta edición del Boletín Jurídico de FDP Legal, presentamos novedades relevantes en materia de contratación estatal, arbitraje y control fiscal.

Destacamos la unificación jurisprudencial sobre los llamados “hechos cumplidos”, las reglas de interpretación en contratos con cláusulas de riesgo, los límites de la potestad sancionatoria de las entidades públicas y las condiciones bajo las cuales se exige la cláusula penal por incumplimiento contractual.

Además, analizamos los alcances del control fiscal en contratos de suministro y los recientes pronunciamientos arbitrales en infraestructura que aclaran el rol de las pólizas y la distribución de riesgos.

Una entrega clave para quienes gestionan, negocian o litigan en el marco de la contratación pública.

EDICIÓN Nº 08
AGOSTO 2025

FDP LEGAL | Freire & De La Pava

BOLETÍN JURÍDICO

Consejo de Estado unifica jurisprudencia sobre los "hechos cumplidos"

Mediante **sentencia de unificación 2025CE-SUJ-3-001 del 31 de julio de 2025**, el **Consejo de Estado** ratificó la premisa de la que partió la sentencia del 19 de noviembre de 2012, al reconocer la **admisibilidad excepcional de la *actio in rem verso*** en eventos en los que se ejecuten actividades o servicios para los que **no media contrato alguno entre las partes.**

Sin embargo, la Sala precisó que **la configuración de un enriquecimiento sin justa causa** y la procedencia de su compensación **no se limitan a un catálogo taxativo o predeterminado** de hipótesis como el que se consignó en el fallo de 2012.

A partir de esta premisa, la Sala reiteró los siguientes **elementos definidos por la jurisprudencia** civil y contencioso-administrativa como configurativos de esta figura como **fuente autónoma de obligaciones:**

1. La existencia de una ventaja patrimonial en beneficio de la entidad demandada.
2. Un empobrecimiento correlativo sufrido por el demandante, el cual pueda atribuirse al acrecimiento mencionado.
3. La ausencia de causa jurídica en el desequilibrio producido, en cuanto a que no haya sido generada por un hecho o un acto jurídico, como tampoco por una disposición expresa de la ley.
4. Que el demandante carezca de cualquier otro mecanismo para reclamar la compensación.
5. La improcedencia de la compensación cuando con ella se pretende eludir una disposición imperativa de la ley.

Con respecto al último de los elementos, la Sala precisó que **el enriquecimiento sin causa no puede ser utilizado para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado sin contrato alguno**, eludiendo el mandato legal que exige la solemnidad del contrato estatal. Sin embargo, **enfatizó en el deber de proteger la buena fe del contratista que fue inducido o motivado por la administración** a ejecutar la actividad sin contrato.

Por consiguiente, **el análisis de la buena fe del particular es el factor determinante para establecer la procedencia de la compensación.** Dicha

EDICIÓN Nº 08
AGOSTO 2025

FDP LEGAL | Freire & De La Pava

BOLETÍN JURÍDICO

circunstancia debe ser valorada con base en los **elementos probatorios allegados al proceso**, los cuales debe acreditar el accionante.

Adicionalmente, la Sala precisó que **se debe analizar la urgencia y gravedad en la continuidad de un servicio**, así como **el grado de conexidad y necesidad que la actividad haya tenido con el acuerdo anterior**, en los casos en que este haya sido perfeccionado, pero las labores excedan su alcance o plazo.

Por otra parte, el Consejo de Estado recalcó que **el único efecto del enriquecimiento sin causa es el de reintegrar la igualdad**, lo cual **implica que la compensación solo puede ascender hasta el monto del enriquecimiento probado**, sin lugar a indemnización de perjuicios.

Finalmente, la Sala **rectificó el primer escenario planteado en la sentencia de 2012**, donde se señalaba que **cuando la entidad pública impone unilateralmente una prestación al particular sin contrato**, se configura un hecho que **constituye una falla del servicio.**

En consecuencia, concluyó que **la reparación en este caso no se limita a la compensación por enriquecimiento sin causa**, sino que **habilita la indemnización plena e integral de los perjuicios generados** por el actuar irregular de la administración.

¿Puede la diferencia entre el precio pactado con el contratista y el costo de adquisición con un tercero representar un posible detrimento?

a **Contraloría General de la República**, mediante el concepto **CGR-OJ092-2025 del 24 de julio de 2025**, reiteró la naturaleza jurídica del contrato de suministro, así mismo señaló que el **principio de planeación exige a las entidades estatales, desde la etapa precontractual, determinar el valor estimado del contrato**. Para ello, deben recurrir al análisis del sector, el cual incluye **un estudio de mercado que permite establecer un precio de referencia**, el cual, por regla general, **incorpora la utilidad del contratista.**

EDICIÓN Nº 08
AGOSTO 2025

FDP LEGAL | Freire & De La Pava

BOLETÍN JURÍDICO

En ese sentido, la Contraloría recordó que el contrato de suministro, regulado por el artículo 968 del Código de Comercio, se configura como un acuerdo bilateral, oneroso y de tracto sucesivo, mediante el cual una parte se obliga, de forma autónoma, a realizar prestaciones periódicas o continuas de bienes o servicios a cambio de una contraprestación. En este tipo contractual, **el precio pactado constituye la expresión económica del intercambio**, y puede ser libremente acordado por las partes dentro de los límites legales, incluyendo no solo los costos directos e indirectos, sino también **una utilidad legítima para el contratista.**

Desde la perspectiva de la Entidad, **el control fiscal y la posible configuración de un hallazgo con incidencia fiscal deben fundamentarse en el estudio de mercado y en el valor pactado en el contrato, y no en la diferencia entre el precio pagado por la entidad al contratista y el valor que este haya desembolsado a un tercero**. Esta última situación pertenece al ámbito interno de la negociación del contratista y, por tanto, escapa al control y vigilancia fiscal que ejerce la Contraloría General de la República.

En conclusión, la Contraloría enfatizó que **el adecuado cumplimiento del principio de planeación** en los contratos de suministro exige a las entidades estatales la elaboración de un estudio de mercado riguroso, que permita establecer un valor estimado acorde con las condiciones del sector. Asimismo, ratificó que el **precio pactado debe reflejar no solo los costos involucrados, sino también una utilidad razonable para el contratista**, en ejercicio de la autonomía contractual.

Finalmente, reiteró que **el control fiscal debe centrarse en la razonabilidad del valor contratado frente al mercado,** y no en las condiciones internas de ejecución del contratista, delimitando con ello claramente el alcance de su función de vigilancia.

Laudo arbitral Coviandina v. ANI – Pólizas y riesgos

El Tribunal Arbitral que resolvió la controversia entre **Coviandina S.A.S.** y la **Agencia Nacional de Infraestructura – ANI** expidió un laudo el pasado **25 de julio de 2025** que aporta **definiciones relevantes para la contratación estatal,** en particular sobre el **alcance de la competencia arbitral, la ejecución de las pólizas y la validez de cláusulas contractuales.**

EDICIÓN Nº 08
AGOSTO 2025

FDP LEGAL | Freire & De La Pava

BOLETÍN JURÍDICO

En la primera audiencia de trámite, el Tribunal **se declaró competente** para conocer las diferencias sometidas a arbitraje, en aplicación de la cláusula compromisoria del Contrato de Concesión. No obstante, en el laudo **delimitó expresamente dicho alcance** y determinó que **no era competente para pronunciarse sobre la exigibilidad o el cobro de las pólizas contractuales**, pues esa relación jurídica corresponde a la ANI frente a las aseguradoras, no al concesionario. Así, los árbitros precisaron que **su competencia se limitaba a establecer si existían o no incumplimientos contractuales, pero no a ordenar la efectividad de las garantías.**

El Tribunal reiteró que **la eventual responsabilidad de Coviandina podría ser presupuesto para que la ANI acudiera a la aseguradora**, pero la decisión de hacer efectivas las pólizas **no correspondía al Tribunal Arbitral**. Además, recalcó que **las pólizas no son un mecanismo automático de sanción, sino un instrumento sujeto a verificación de causales y a un trámite propio fuera de la órbita arbitral.**

Por otro lado, Coviandina había solicitado **la nulidad absoluta de una cláusula** que, según el concesionario, lo convertía en una especie de asegurador del Estado, al imponerle asumir **toda pérdida o daño no cubierto por las pólizas**, incluso por causas imprevisibles y no imputables a su gestión. El Tribunal **negó la pretensión**, al considerar que **no se demostró causal legal expresa** que justificara anular la cláusula, recordando que **la nulidad absoluta en contratos estatales tiene carácter taxativo.** No obstante, **sí acogió la pretensión subsidiaria de interpretación,** en los siguientes términos:

- (i) La obligación del concesionario **solo aplica en daños no asegurados** cuando **no exista un Evento Eximente de Responsabilidad (EER).**
- (ii) En consecuencia, **si la pérdida no asegurada proviene de fuerza mayor, hecho de un tercero, imposibilidad de asegurar en condiciones de mercado u otra causa extraña,** el concesionario **no asume el costo económico,** que corresponde a la ANI

Con este pronunciamiento, el Tribunal Arbitral dejó un **precedente sobre los límites de la jurisdicción arbitral en materia de pólizas de seguro, la forma de abordar pretensiones de nulidad de**

EDICIÓN Nº 08
AGOSTO 2025

FDP LEGAL | Freire & De La Pava

BOLETÍN JURÍDICO

cláusulas contractuales y la importancia de la interpretación restrictiva como mecanismo de equilibrio en contratos estatales de infraestructura.

Con ello, se reafirma la necesidad de que **las partes contratantes delimiten con claridad las esferas de responsabilidad,** distinguiendo entre los **riesgos propios del contratista, las coberturas de seguro y los eventos eximentes de responsabilidad,** garantizando la **seguridad jurídica en la ejecución de proyectos.**

La presentación de la demanda como límite a la facultad sancionatoria

En sentencia del 17 de junio de 2024, la **Sección Tercera del Consejo de Estado** reiteró su postura acerca de la **pérdida de competencia de la administración para declarar el incumplimiento contractual conforme a la facultad sancionatoria del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011,** cuando dicho incumplimiento ya se está debatiendo en sede judicial.

El Municipio de Pasto suscribió un contrato con la Unión Temporal Clinimédica Pasto S.A.S. – Servicios Biomédicos de Nariño S.A.S. para dotar un hospital, cuya ejecución terminó en octubre de 2016. No obstante, en abril de 2018 declaró el incumplimiento parcial e impuso la cláusula penal, pese a que desde octubre de 2017 el contratista había demandado ante el Tribunal Administrativo de Nariño la liquidación del contrato y la declaración de incumplimiento por parte de la Entidad.

En la presente sentencia objeto de análisis, el Consejo de Estado determinó que **la ley no estipuló un término expreso para ejercer la facultad sancionatoria**; sin embargo, en el caso de la declaración de incumplimiento, esta **solo puede realizarse una vez culminada la ejecución del contrato**. Por lo tanto, **la declaratoria de dicho incumplimiento únicamente puede imponerse durante la etapa de liquidación del contrato,** la cual puede extenderse por el mismo término previsto para la caducidad del correspondiente medio de control.

EDICIÓN Nº 08
AGOSTO 2025

FDP LEGAL | Freire & De La Pava

BOLETÍN JURÍDICO

Así las cosas, **una vez el contratista interpone una demanda solicitando la declaratoria de incumplimiento de la entidad contratante, esta pierde su competencia para pronunciarse sobre el mismo asunto.** En consecuencia, la única excepción en la que la administración no pierde dicha competencia se presenta cuando **la declaratoria de incumplimiento se fundamenta en un motivo sustancialmente distinto** al invocado en la demanda interpuesta ante la jurisdicción.

En conclusión, el Consejo de Estado precisó que, aunque **la ley no fija un plazo expreso para el ejercicio de la facultad sancionatoria, la declaratoria de incumplimiento solo puede efectuarse una vez finalizada la ejecución y dentro de la etapa de liquidación del contrato,** limitada al término de caducidad del medio de control. A su vez, estableció que **la presentación de una demanda por parte del contratista solicitando la declaratoria de incumplimiento desplaza la competencia administrativa hacia el juez natural del contrato,** salvo cuando la administración invoque hechos sustancialmente distintos a los planteados en el proceso judicial. En ese sentido, **la sentencia reafirma que la facultad sancionatoria de la administración no es absoluta ni indefinida, sino que se encuentra sujeta a límites temporales y competenciales.**

Consejo de Estado reafirma la exigibilidad de cláusulas penales por incumplimiento grave en contratos estatales

El **Consejo de Estado,** mediante **sentencia del 1 de julio de 2025,** confirmó la responsabilidad contractual de un consultor por el **incumplimiento grave en la entrega de diseños** que presentaron defectos que interferían con la cimentación y la inadecuada identificación de un colector de tubería, así como desviaciones en los trazados proyectados.

En el caso concreto, la **Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. (EAAB)** demandó al arquitecto Santander Beleño Pérez por deficiencias técnicas en los diseños entregados para

EDICIÓN Nº 08
AGOSTO 2025

FDP LEGAL | Freire & De La Pava

BOLETÍN JURÍDICO

la construcción del corredor ambiental del humedal Córdoba. La Sala determinó que los diseños presentaron **errores sustanciales** que obligaron a suspender las obras y realizar ajustes posteriores.

El Consejo de Estado concluyó que **este incumplimiento justificaba la imposición de la cláusula penal pecuniaria pactada**, equivalente al 10% del valor del contrato. Al respecto, se subrayó que **la adecuada identificación de la gravedad del incumplimiento es crucial para determinar las consecuencias jurídicas** que se derivan de este, incluyendo la posibilidad de **exigir indemnización por los perjuicios causados.** En este sentido, el Consejo de Estado dejó claro que **la responsabilidad del contratista no se limita a la mera entrega de los productos o servicios**, sino que también abarca **la calidad y adecuación de los mismos a las especificaciones contractuales.**

Con este pronunciamiento, el Consejo de Estado establece **un precedente importante sobre la necesidad de claridad en las cláusulas contractuales y la importancia de evaluar la gravedad del incumplimiento en función de su impacto en los derechos del acreedor**. Este enfoque no solo asegura la **transparencia en la gestión de los contratos estatales,** sino que también **protege los derechos de los contratistas**, garantizando que las decisiones tomadas en el marco de la contratación pública se basen en criterios objetivos y justos.

Por otra parte, el Consejo de Estado determinó que **en la convención no se incluyó una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad.** Este tipo de pactos, según el Tribunal, **deben ser expresos, claros e inequívocos** para modificar el régimen ordinario de responsabilidad del deudor. En consecuencia, se mantuvo incólume el régimen previsto en el **artículo 1613 del Código Civil**, que establece que **la indemnización de perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante.**

Si tiene alguna duda o consulta en particular sobre los asuntos mencionados en este Boletín, los invitamos a ponerse en contacto con nosotros a los correos delapava@fdplegal.com o cfreire@fdplegal.com.