

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA / APLICACIÓN DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / NORMA VIGENTE / VIGENCIA DE LA NORMA / APLICACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / PROCESO DE DOBLE INSTANCIA / COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CONTRATO ESTATAL / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL

Le corresponde a la Sala resolver en segunda instancia el presente proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984-, norma vigente al momento de presentación de la demanda, según la cual el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia. Adicionalmente, conoce la Sala del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo (...) en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión indemnizatoria ascendió a suma superior a \$ 400'000.000, por concepto de los sobrecostos que asumió el contratista en la ejecución del contrato, mientras que el monto exigido para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción contractual tuviera vocación de doble instancia era de \$ 179'000.000.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 129

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / DEMANDANTE / CONTRATISTA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / DEMANDADO / MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL / FUERZA AÉREA / CONTRATANTE / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PARTES DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / DEMANDA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / ACTO ADMINISTRATIVO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL

[L]as partes: demandante (...) y demandada -Nación- Ministerio de Defensa Nacional-Fuerza Aérea de Colombia se encuentran legitimadas en la causa por activa y por pasiva, respectivamente, dado que fungieron como contratista y contratante del negocio jurídico -contrato de obra (...) respecto del cual se profirió el acto administrativo de liquidación unilateral impugnado: (...) y se erigieron las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / NORMATIVIDAD DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / OPORTUNIDAD PARA LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / DEMANDA EN TIEMPO / PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA EN TIEMPO / ACTO ADMINISTRATIVO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL

De conformidad con lo dispuesto por el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A, la demanda fue presentada oportunamente, toda vez que la Resolución (...) de liquidación unilateral del contrato fue proferida (...) y la demanda se presentó.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 NUMERAL 10 LITERAL D

RÉGIMEN LEGAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / RÉGIMEN CONTRATACIÓN ESTATAL / RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / CONTRATACIÓN ESTATAL / ENTIDAD PÚBLICA / MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL / FUERZA AÉREA / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / NORMATIVIDAD DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / NORMATIVIDAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / EQUILIBRIO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / EQUILIBRIO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / EQUILIBRIO DEL CONTRATO ESTATAL / ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / DERECHO AL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / DERECHOS DEL CONTRATISTA / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Toda vez que la entidad contratante fue la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Fuerza Aérea de Colombia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que estableció el campo de aplicación del régimen de contratación allí consagrado, el negocio jurídico materia de la presente controversia se encuentra cobijado por dicho estatuto. (...) El artículo 4 ibídem, consagra dentro de los derechos de la entidad estatal contratante, el de solicitar la actualización o revisión de los precios, cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato y el artículo 5, consagra el derecho de los contratistas, "(...) previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas".

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 2 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 4 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 5 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 27

POTESTAD EXCEPCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / ACTO JURÍDICO UNILATERAL / MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / INTERPRETACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR LA ADMINISTRACIÓN / INDEMNIZACIÓN AL CONTRATISTA / PAGO DE COMPENSACIONES / DERECHOS DEL CONTRATISTA / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL /

PRINCIPIO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

[E] artículo 14 de la Ley 80, dispone que cuando la Administración ejerza alguna de sus potestades excepcionales de interpretación, modificación o terminación unilateral, debe proceder a reconocer y ordenar el pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y que se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello "...con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial"; y, además, estipula que las partes aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, para mantener la ecuación o equilibrio inicial.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 14

PRINCIPIO DE ECONOMÍA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / PRINCIPIO DE ECONOMÍA DEL CONTRATO ESTATAL / PRESUPUESTO ANUAL DE LA NACIÓN / REQUISITOS DE LA DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL DEL CONTRATO / RUBRO DE IMPREVISTOS EN EL CONTRATO ESTATAL / MORA DEL CONTRATANTE / INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DEL PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / VARIACIÓN DE LAS CONDICIONES INICIALES DEL CONTRATO / INTERPRETACIÓN DE LA NORMA / NORMATIVIDAD DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / NORMATIVIDAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / CONTRATO CONMUTATIVO / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL

El numeral 14 del artículo 25 del mismo estatuto, relativo al principio de economía, estipula que las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados, por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados. Y el artículo 28 *ibídem*, establece que, en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, se tendrá en consideración, entre otras cosas, la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 25 NUMERAL 14 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 28

RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / PRINCIPIO DE PACTA SUNT SERVANDA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / PRINCIPIO DE REBUS SIC STANTIBUS / CONCURRENCIA DEL CONTRATO / CONDICIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO ESTATAL / CONDICIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL / CONDICIONES DEL CONTRATO ESTATAL / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / VARIACIÓN DE LAS CONDICIONES INICIALES DEL CONTRATO / RUBRO DE IMPREVISTOS EN EL CONTRATO ESTATAL

[E] legislador consagró, en el ámbito de la contratación estatal, la figura del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, que de tiempo atrás fue elaborada e instituida por la jurisprudencia, en reconocimiento del hecho de que, si

bien es cierto que, en principio, en materia de contratos funge el principio del pacta sunt servanda, esta exigencia de cumplimiento exacto de lo pactado, opera en la medida en que las condiciones existentes al momento de celebrar el contrato, se mantengan incólumes, por lo que se recurrió al principio del rebus sic stantibus, conforme al cual, las condiciones originales del contrato se deben mantener, siempre y cuando se conserve durante la etapa de ejecución o cumplimiento la situación de cargas y beneficios que soportaban las partes en el momento de su celebración, pero no se puede ni debe mantener, cuando esa situación sufre modificaciones entre el momento en que se trabó la relación comercial y una época posterior durante la ejecución del contrato; con fundamento en dicho principio, se abrió paso el derecho de la parte afectada por una situación imprevista y sobreviniente durante la ejecución de las prestaciones, a que se le restablezca la ecuación contractual, cuando haya sido gravemente afectada.

EQUILIBRIO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / EQUILIBRIO DEL CONTRATO ESTATAL / ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / PRINCIPIO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Causas / MECANISMOS PARA EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / DERECHO AL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Como reiteradamente lo ha reconocido la jurisprudencia, el equilibrio económico del contrato puede verse afectado por diversas causas, provenientes de la Administración contratante o exógenas a las partes del negocio jurídico que, si bien no corresponden a eventos de responsabilidad culposa en el ámbito de la contratación, sí dan lugar a reconocimientos económicos a favor de la parte afectada, en aras de restablecer el balance de la ecuación contractual que surgió al momento de celebrarse el negocio jurídico, cuando se consideraron equivalentes las prestaciones pactadas a cargo de las partes.

RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Causas / DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL - Imputable al contratante / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN - No configura un rompimiento del equilibrio económico del contrato / DIFERENCIA ENTRE LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / IUS VARIANDI / CARACTERÍSTICAS DEL IUS VARIANDI / PROCEDENCIA DEL IUS VARIANDI / POTESTAD EXCEPCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / ACTO JURÍDICO UNILATERAL / MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / INTERPRETACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / INDEMNIZACIÓN AL CONTRATISTA / PAGO DE COMPENSACIONES / EQUILIBRIO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

[S]i bien la ley hace alusión al incumplimiento de la entidad contratante - numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993-, el mismo realmente no corresponde a un evento de desequilibrio contractual. (...) Dentro de las causas de afectación del equilibrio económico del contrato que sí provienen de la entidad, se halla el ius variandi, mediante el ejercicio de las facultades excepcionales de interpretación, modificación o terminación unilateral del contrato que, por disposición legal,

imponen el deber a la administración de reconocer las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los contratistas objeto de tal medida, y que deberán aplicarse los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial (arts 14, num. 1º y 16 de la Ley 80/93).

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 5 NUMERAL 1 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 14 NUMERAL 1 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 16

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la diferencia entre la ruptura del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento del mismo, ver sentencia del 14 de abril de 2005, Exp. 28616, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, sentencia del 27 de marzo de 2014, Exp. 29214, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 27 de enero de 2016, Exp. 38449, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y sentencia del 13 de abril de 2016, Exp. 46297, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y sentencia del 31 de enero de 2019, Exp. 37910, C.P. María Adriana Marín.

TEORÍA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE / EFECTOS DE LA TEORÍA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / CELEBRACIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO / EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / IMPREVISIBILIDAD / AFECTACIÓN DE LA ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL / ACTIVIDADES DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / DAÑO DERIVADO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA - Actividad legítima de la Administración

[S]e encuentra el hecho del príncipe, teoría que se funda en el rompimiento del equilibrio económico del contrato proveniente de la expedición, con posterioridad a la celebración del contrato, de una medida de carácter general, impersonal y abstracto por parte de la entidad contratante, en ejercicio de sus funciones y no como parte del contrato, que era imprevista e imprevisible, y que, de manera indirecta, afecta a su propio contratista, ocasionando una alteración extraordinaria o anormal de la ecuación contractual, que se traduce en un detrimento grave de sus intereses económicos. Es decir que corresponde a una actuación legítima de la Administración, aunque no como parte del contrato, pero que de todas maneras afecta la equivalencia de sus prestaciones.

RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / AFECTACIÓN DE LA ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL / PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / DERECHO AL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / DERECHOS DEL CONTRATISTA / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / UTILIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / UTILIDAD PROYECTADA PARA EL CONTRATISTA / IUS VARIANDI / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / REPARACIÓN INTEGRAL DE PERJUICIOS / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / AUSENCIA DE CULPA

Cuando se presenta el rompimiento del equilibrio económico del contrato por causas provenientes de la entidad contratante, (...) el contratista afectado tiene derecho a que se le reconozcan los mayores costos y las utilidades dejadas de percibir, en el caso del ius variandi, o la indemnización integral de los perjuicios,

en el evento del hecho del príncipe, pues este ha sido considerado como una modalidad de responsabilidad sin culpa de la entidad contratante.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la responsabilidad de la administración por el hecho del príncipe, ver sentencia del 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Causas / exógenas / APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN - Hecho imprevisible y ajeno a las partes que altera de manera grave la ecuación financiera / AFECTACIÓN DE LA ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL / CELEBRACIÓN DE CONTRATO ESTATAL / EJECUCIÓN DE CONTRATO ESTATAL - Pueden aparecer hechos imprevisibles que alteren la ecuación financiera / IMPREVISIBILIDAD / SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / HECHO IMPREVISIBLE - Ajeno a las partes / CONTRATO ONEROSO

[S]e hallan los eventos que pueden ser clasificados dentro de la teoría de la imprevisión, la cual se presenta cuando hechos extraordinarios, ajenos a las partes, sobrevinientes a la celebración del contrato y que se presentan durante su ejecución, que no eran razonablemente previsibles cuando se suscribió el acuerdo de voluntades, afectan de manera grave el cumplimiento de las obligaciones, haciéndolo mucho más gravoso para una de ellas. Para que se pueda predicar este evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato, que dé lugar al reconocimiento de los mayores costos a favor de la parte afectada, se deben reunir ciertos requisitos: 1) Que, con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho ajeno a las partes, no atribuible a ninguna de ellas. 2) Que ese hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato, es decir, que constituya un álea extraordinaria. 3) Que esa nueva circunstancia sea imprevista y no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes. 4) Que esa circunstancia imprevista, dificulte la ejecución del contrato haciéndolo mucho más oneroso, pero no la imposibilite.

SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL - Excesiva onerosidad / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / AFECTACIÓN DE LA ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL / PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / DERECHO AL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Cuando se (...) presentan sobrecostos exagerados para una de las partes en la ejecución de las prestaciones a su cargo, hay lugar a restablecer la ecuación contractual, mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que hubiere incurrido la parte afectada, es decir, como lo establece la ley, llevarlo a un punto de no pérdida -inciso 2, artículo 5, Ley 80 de 1993-. (...) Por esto, aún si se demuestra la excesiva onerosidad, ello no será suficiente para obtener la prosperidad de las pretensiones de restablecimiento, si no se acreditan todos los demás elementos exigidos para la configuración del rompimiento del equilibrio económico del contrato en cualquiera de sus modalidades.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 5 INCISO 2

DICTAMEN PERICIAL / PRÁCTICA DE LA PRUEBA PERICIAL / PRÁCTICA DEL DICTAMEN PERICIAL / SOLICITUD DE DICTAMEN PERICIAL / PRECIO

DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PRECIO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / COSTOS DE LA OBRA PÚBLICA / CONTRATO DE OBRA A PRECIOS UNITARIOS / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A PRECIOS UNITARIOS / CONTRATO ESTATAL A PRECIOS UNITARIOS / ADICIÓN AL DICTAMEN PERICIAL

En la demanda se pidió el decreto de un dictamen pericial por parte de un ingeniero (...). El ingeniero designado por el Tribunal para realizar la experticia, presentó dictamen en el cual efectuó una “Confrontación del contrato y el listado de precios unitarios (...)”, por considerar que, de los obrantes en el expediente, aportados por la Secretaría de Obras Públicas de Cundinamarca (...) eran los que más coincidían con el listado de obras del contrato. (...) La parte actora solicitó adición del dictamen (...). El perito dio respuesta a la anterior solicitud.

PRUEBA TESTIMONIAL / MEDIOS DE PRUEBA / PRUEBAS EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / TESTIMONIO / TESTIMONIO DE TERCEROS / DECLARACIÓN DE TERCEROS PROCESALES / VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL - Improcedente / IMPROCEDENCIA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL / REQUISITOS DE LA PRUEBA TESTIMONIAL / REQUISITOS DEL TESTIMONIO / DEMANDANTE / REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA SOCIEDAD / ACTUACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO / DECLARACIÓN DE PARTE / CALIDAD DE LAS PARTES DEL PROCESO / INTERROGATORIO DE PARTE / PROCEDENCIA DEL INTERROGATORIO DE PARTE

En el proceso se recibieron las declaraciones de los señores (...). [E]l deponente es el representante legal tanto de la sociedad (...) miembro del Consorcio (...) como del mismo consorcio, tal y como consta en el certificado de existencia y representación de la sociedad, como en la comunicación enviada a la entidad demandada, en la que fue designado dicho representante por los miembros del consorcio (...). En tales condiciones, no resulta susceptible de valoración dicha declaración, puesto que el testimonio debe provenir de terceros. En efecto, el artículo 213 del C.P.C., (...) se refiere, precisamente, a la “Declaración de Terceros”, por lo que se descarta que el testimonio pueda provenir del demandante o del demandado, quienes tan sólo pueden rendir declaración dentro del proceso mediante un interrogatorio de parte, que es un medio de prueba distinto, bien sea decretado oficiosamente o por solicitud de la otra parte, con el lleno de los requisitos legales para su práctica (arts. 202 a 210, C.P.C.).

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 213 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 202 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 210

MEDIOS DE PRUEBA / DECLARACIÓN DE PARTE / CALIDAD DE LAS PARTES DEL PROCESO / VALOR PROBATORIO DE LA CONFESIÓN JUDICIAL / REQUISITOS DE LA CONFESIÓN / CLASES DE CONFESIÓN - Provocada o espontánea / CONFESIÓN ESPONTÁNEA / CONFESIÓN JUDICIAL / EFECTOS DE LA CONFESIÓN / INTERROGATORIO DE PARTE / PROCEDENCIA DEL INTERROGATORIO DE PARTE / VALOR PROBATORIO DEL INTERROGATORIO DE PARTE

[E]n el Capítulo II (...) del C.P.C. (...), se reguló la Declaración de Parte, en donde se estableció -art. 194- que la confesión judicial, que es la que se efectúa ante el juez, puede ser provocada o espontánea, siendo la primera, aquella “(...) que hace una parte en virtud de interrogatorio de otra parte o del juez, con las formalidades

establecidas en la ley (...)", y el primer inciso del artículo 203, referido al interrogatorio a instancia de parte, establece que "Dentro de la oportunidad para solicitar pruebas en la primera instancia, cualquiera de las partes podrá pedir la citación de la contraria, a fin de interrogarla sobre hechos relacionados con el proceso", lo que significa que no puede la parte pedir que sea ella misma citada para rendir declaración.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 194 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 203

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el valor probatorio del interrogatorio de parte ver sentencia del 30 de julio de 2015, Exp. 33332, C.P. Danilo Rojas Betancourth, sentencia del 26 de noviembre de 2014, Exp. 76001-23-31-000-2003-00834-02(AG), C.P. Hernán Andrade Rincón, sentencia del 30 de abril de 2014, Exp. 26883, C.P. Danilo Rojas Betancourth y sentencia del 18 de julio de 2012, Exp. 23634, C.P. Hernán Andrade Rincón.

INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - No se acreditó ninguna de las causales / IMPREVISIBILIDAD / SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / HECHO IMPREVISIBLE - No acreditado / INSUFICIENCIA DE LA PRUEBA / OMISIÓN DE APORTAR LA PRUEBA / FALTA DE LA PRUEBA DEL COSTO / FALTA DE PRUEBA / FALTA DE PRUEBA DEL GASTO

La valoración del escaso acervo probatorio allegado al plenario, en concordancia con los términos de la demanda, permiten a la Sala concluir que, en el presente caso, el demandante no acreditó el rompimiento del equilibrio económico del contrato que ameritara su restablecimiento en la forma solicitada. Es así como no se demostró que, con posterioridad a la celebración del contrato, se hubiera presentado un hecho extraordinario, imprevisto e imprevisible, ajeno a las partes, que haya afectado la equivalencia entre derechos y obligaciones surgida al momento de perfeccionarse el negocio jurídico, haciéndolo mucho más oneroso para el contratista. Tampoco se demostró que la entidad demandada hubiera ejercido el ius variandi, o que haya expedido un acto de carácter general, que afectó de manera indirecta a su contratista -hecho del príncipe-, de tal manera que surgiera a su favor el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

PROCESO DE SELECCIÓN / OFERTA ECONÓMICA / PROPUESTA DEL PROPONENTE / PLIEGO DE CONDICIONES / REGLAS DEL PLIEGO DE CONDICIONES / REQUISITOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A PRECIOS UNITARIOS / REGULACIÓN DE PRECIOS DEL MERCADO - No fueron tenidos en cuenta por el contratista al momento de presentar la oferta / AFECTACIÓN DE LA ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL

[E]l contratista, cuando participó en el proceso de selección, presentó su oferta económica teniendo en cuenta el presupuesto oficial anunciado por la entidad en el pliego de condiciones, junto con los precios unitarios utilizados para determinarlo, sin consultar los precios del mercado. Es claro entonces para la Sala, que la afectación económica que dijo sufrir la parte actora con ocasión de la ejecución del contrato de obra objeto de la controversia provino, como lo admitió en su demanda, de la decisión del Consorcio (...), como proponente en el proceso de selección, de presentar la oferta con base en los precios unitarios utilizados por

la entidad para calcular el presupuesto de la contratación, omitiendo, de manera inadmisiblemente, su deber de efectuar la consulta de los precios del mercado, para elaborar con base en los mismos su propuesta.

DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / ETAPA PRECONTRACTUAL / RIESGO PREVISIBLE / DETERMINACIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES / ALTERACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / OFERTA ECONÓMICA / PROPUESTA DEL PROPONENTE / AFECTACIÓN DE LA ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL / ELEMENTOS DE LA OFERTA PRESENTADA A LA ADMINISTRACIÓN

[L]a causa del desequilibrio económico del contrato alegado en la demanda no fue posterior a la celebración del negocio jurídico sino que se generó en la etapa previa a su suscripción; no fue un hecho imprevisible, puesto que era previsible y debió ser previsto por el contratista en el momento de preparar su propuesta; y no consistió en un hecho ajeno a las partes o imputable a la entidad a título de ius variandi o hecho del príncipe, puesto que se originó en la actitud omisiva del Consorcio (...), que no observó la suficiente diligencia y cuidado en la elaboración de su propia oferta.

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL / CONTRATACIÓN ESTATAL / EVALUACIÓN DE PROPUESTAS / MEJOR PROPUESTA / OBSERVACIÓN A LA PROPUESTA DEL PROPONENTE / PROPUESTA DEL PROPONENTE / VALORACIÓN DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE / OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / OBLIGACIONES EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL / OBLIGACIÓN DEL CONTRATANTE FRENTE AL PLIEGO DE CONDICIONES / OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ESTATAL / OBLIGACIONES DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / OBLIGACIONES DEL CONTRATO ESTATAL

[S]i bien el deber de planeación en materia de contratación estatal le es exigible en primer término a la entidad que pretende adquirir un bien, obra o servicio requerido para el cumplimiento de sus fines y para garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, en tanto es la administración la que elabora todos los estudios, análisis y documentos requeridos para la futura contratación, también al contratista le asisten deberes en esa etapa previa a la celebración del contrato, de cuyo incumplimiento se derivan responsabilidades que no puede eludir, en tanto su participación en el proceso parte de la base de los conocimientos especializados y la experiencia que ostenta el proponente, y que contribuyen a la consideración, valoración y calificación de su oferta.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el principio de planeación en la contratación estatal, ver sentencia del 18 de marzo de 2015, Exp. 33223, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 28 de enero de 2016, Exp. 34454, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y sentencia del 29 de agosto de 2016, Exp. 34288, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL / CONTRATACIÓN ESTATAL / PROPUESTA DEL PROPONENTE / OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / OBLIGACIONES EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ESTATAL / OBLIGACIONES DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / OBLIGACIONES DEL CONTRATO ESTATAL /

RIESGO PREVISIBLE / DETERMINACIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A PRECIOS UNITARIOS / REGULACIÓN DE PRECIOS DEL MERCADO - No fueron tenidos en cuenta por el contratista al momento de presentar la oferta

[L]as consecuencias económicas adversas, derivadas del incumplimiento por parte del contratista, de la carga que le incumbe, en cuanto a la diligencia, cuidado, rigor y seriedad que le resultan exigibles al momento de estructurar la oferta, no se pueden pretender solventar mediante el mecanismo de alegar, ya sobre la marcha de la ejecución del contrato adjudicado, un supuesto rompimiento del equilibrio económico del mismo. Y si la desatención de tales cargas, "(...) ya en el curso de la ejecución del negocio jurídico, desencadena consecuencias económicamente desfavorables para el contratista, tal circunstancia no podrá ser invocada por este como fundamento de pretensiones resarcitorias dirigidas en contra de la entidad contratante, apoyadas en una pretendida ruptura de la ecuación financiera del contrato".

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la falta de planeación del proponente en su oferta, ver sentencia del 28 de enero de 2016, Exp. 34454, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

APLICACIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL / BUENA FE CONTRACTUAL - Buena fe objetiva / BUENA FE PRECONTRACTUAL / PRINCIPIO DE LEALTAD CONTRACTUAL / DEBER DE OBEDIENCIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO / OFERTA ECONÓMICA / PROPUESTA DEL PROPONENTE / ELEMENTOS DE LA OFERTA PRESENTADA A LA ADMINISTRACIÓN / RIESGO PREVISIBLE / DETERMINACIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A PRECIOS UNITARIOS / REGULACIÓN DE PRECIOS DEL MERCADO - No fueron tenidos en cuenta por el contratista al momento de presentar la oferta / SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL - Imputables al contratista

[T]al y como lo ha manifestado la jurisprudencia, en materia contractual se les exige a las partes una buena fe objetiva, como comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, por lo que, la sola creencia de estar actuando de acuerdo al ordenamiento jurídico, no enerva los mandatos imperativos de la ley ni justifica su elusión. (...) De acuerdo con lo anterior, no basta con sostener que se actuó de buena fe a la hora de elaborar la oferta omitiendo consultar los precios del mercado, cuando esta actividad era inherente a la labor del proponente, de quien cabía esperar diligencia, cuidado, rigor, seriedad y responsabilidad a la hora de presentar su ofrecimiento a la administración, siendo la consulta de los precios del mercado, lo mínimo que se le puede exigir a quien está interesado en contratar con el Estado y presenta, dentro de un proceso de selección, una oferta para ello. (...) [D]e haberse presentado los sobrecostos alegados en la demanda, que lo afectaron económicamente, los mismos provinieron no del rompimiento del equilibrio económico del contrato por alguna de las causas admitidas para ordenar su restablecimiento, sino de su propia y previa actuación -o mejor, su omisión- que, por lo menos, se puede calificar de descuidada y ligera.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 871 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1603

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la buena fe objetiva exigible a las partes del contrato ver sentencia del 22 de junio de 2011, Exp. 18836, C.P. Jaime Orlando

Santofimio Gamboa, sentencia del 19 de noviembre de 2012, Exp. 24897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / ACTO ADMINISTRATIVO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / ACTO ADMINISTRATIVO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL / FUERZA AÉREA / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

[L]a Sala estima que la sentencia de primera instancia, que declaró la nulidad del acto administrativo demandado, a través del cual el Ministerio de Defensa Nacional - Fuerza Aérea Colombiana liquidó unilateralmente el contrato de obra (...) y condenó a la entidad demandada (...) por concepto de indemnización, merece ser revocada y en tal sentido se decidirá.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., trece (13) de agosto de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 05001-23-31-000-2006-03354-01(46057)

Actor: CONSORCIO LLANOGRANDE

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - FUERZA AÉREA DE COLOMBIA

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el 28 de mayo de 2012, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

El Consorcio Llanogrande presentó oferta para participar en un proceso de selección de contratistas adelantado por el Ministerio de Defensa Nacional-Fuerza Aérea de Colombia para la celebración de un contrato de obra pública, en

la cual incluyó la relación de los precios unitarios contenida en el pliego de condiciones, sin consultar los precios del mercado, lo que le produjo sobrecostos en la ejecución del contrato que se le adjudicó, por lo que pidió el restablecimiento del equilibrio económico del mismo.

ANTECEDENTES

La demanda

El 22 de octubre de 2004, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, el Consorcio Llanogrande¹ presentó, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demanda en contra de la Nación Ministerio de Defensa Nacional Fuerza Aérea de Colombia, en la cual solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (f. 1 a 30, c. 1):

PRIMERA: *Que se declare la nulidad de la resolución No. 29 de 2004, mediante la cual se adoptó y dejó en firme la liquidación unilateral del contrato No. 308-FAC-2003, suscrito el 24 de septiembre de 2003, cuyo objeto era la construcción del Escuadrón Base y Talleres de instalaciones del grupo de apoyo del Comando Aéreo de Combate No. 5 Rionegro-Antioquia y como consecuencia lógica de lo anterior se deje sin ningún efecto la resolución anteriormente aludida.*

SEGUNDA: *Que como restablecimiento del derecho SE CONDENE a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional - Fuerzas Militares de Colombia - Fuerza Aérea - Dirección de Instalaciones Aéreas de la Fuerza Aérea Colombiana, AL PAGO del equilibrio financiero el contrato (sic) el valor que resulte probado con ocasión de la presente demanda, además de los perjuicios causados a mis representados, así como la corrección monetaria y cualesquiera otros índices de ajuste monetario de tales sumas (...).*

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte actora dio cuenta de la celebración entre las partes, previo proceso de contratación directa, del contrato de obra No. 308-FAC-2003, cuyo objeto fue la construcción del escuadrón, base y talleres de instalaciones de grupo de apoyo del Comando Aéreo de Combate No. 5 en Rionegro Antioquia, por un valor de \$ 512'540.000 y con un plazo de ejecución de 180 días.

El consorcio había presentado su oferta con base en el pliego de condiciones, en el que se indicó el presupuesto oficial, así como los ítems a ejecutar, con la discriminación de cada uno de los precios unitarios, a los cuales se ajustó la oferta

¹ El documento de constitución y representación del Consorcio Llanogrande es visible a folio 2 del c. 2. A solicitud del Tribunal, fueron allegados los poderes de los representantes legales de las sociedades INGGES Ltda., Llanopozos Ltda. y EE.II Ltda., integrantes del referido consorcio (f. 42 a 55 y 115 a 117, c. 1).

del demandante quien -según afirmó-, obrando de buena fe, lo hizo sin tener en cuenta los precios del mercado por considerar que ya lo había hecho la entidad.

Luego de firmada el acta de iniciación, el 15 de octubre de 2003, el director de obra se percató de que los precios unitarios contratados no eran correctos, frente a las cantidades de obra exigidas, lo que le podía producir pérdidas al contratista, por lo que solicitaron, el 28 de enero de 2004, la realización de un comité técnico para que se revisaran los precios del contrato, solicitud que fue rechazada por la interventoría.

El demandante adujo que al efectuar el análisis de cada uno de los precios unitarios del contrato, éste le dejaba pérdidas por un valor de \$ 390'585.142, por lo que presentó reclamación administrativa ante la entidad para que fueran tenidos en cuenta, al momento de efectuar la liquidación del contrato, los mayores valores en los que debió incurrir en la ejecución de la obra, a pesar de lo cual y con desconocimiento del deber de mantener el equilibrio financiero del contrato, la entidad contratante se negó a restablecerlo y procedió a liquidar unilateralmente el contrato mediante Resolución No. 26 del 14 de septiembre de 2004.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante adujo que, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 80 de 1993, a través de la liquidación del contrato las partes pueden acordar los reajustes, reconocimientos y revisiones a que haya lugar; y que, según los artículos 14 numeral 1; 4 numerales 3, 8 y 9; 5 numeral 1, incisos primero y segundo; 25 numerales 13 y 14; 27 y 28 de la misma ley, se estableció la obligación de preservar la ecuación económica del contrato y de restablecer el equilibrio financiero del mismo cuando se rompe, mediante el reconocimiento, no solo de los mayores costos, sino también de la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

Sostuvo que la entidad estatal tiene un deber de previsión a la hora de estructurar el contrato, y así anticipar los eventos que pueden acarrear el desequilibrio del contrato y adoptar los mecanismos correctivos adecuados, tales como el de ajuste y revisión de precios. Y una vez se presente el rompimiento del equilibrio económico del contrato por circunstancias no imputables al contratista, surge el deber de la entidad de restablecerlo.

Manifestó que, entre los deberes de planeación de la entidad, se halla el de tener en cuenta, en el presupuesto oficial o valor estimado de la obra, criterios objetivos, fundados en la comparación de las bases de datos sobre oferta y demanda respecto de los contenidos de los precios unitarios, como materiales, mano de obra, etc., pues esa es la base para la elaboración de las ofertas.

Y agregó que, si bien el contrato se pactó a precios fijos y firmes y sin posibilidad de reajuste, ello no enerva la aplicación de las disposiciones relativas a la ecuación económica y financiera del contrato.

En últimas, el demandante afirmó que la entidad demandada estaba en el deber de restablecer el equilibrio económico del contrato celebrado por las partes, pues el mismo se vio afectado por una circunstancia que le era imputable, consistente en que el presupuesto oficial incluido en el pliego de condiciones, no correspondía a los precios del mercado.

El trámite de la primera instancia

Mediante auto del 1º de diciembre de 2004, se inadmitió la demanda para que la parte actora hiciera una estimación razonada de la cuantía. Por auto del 30 de marzo de 2005, la demanda fue admitida y se notificó al Ministerio de Defensa Nacional y al agente del Ministerio Público (f. 33, 37, 38 vto. y 80, c. 1).

Por auto del 2 de noviembre de 2005, se ordenó remitir el proceso, por competencia, al Tribunal Administrativo de Antioquia, remisión que se produjo el 30 de agosto de 2006 (f. 103 y 112, c. 1).

En providencia del 12 de abril de 2007 se abrió el proceso a pruebas; luego, con auto del 8 de octubre de 2010, se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (f. 133 y 386, c. 1).

Las partes presentaron sendos escritos de conclusión en los que ratificaron lo manifestado en la demanda y su contestación. El Ministerio Público guardó silencio.

En sus alegatos, la parte actora sostuvo que se presentó una falla, por hechos imputables a la entidad, que tuvo en cuenta precios unitarios del municipio de Soacha y no de Rionegro, en donde se iba a realizar la obra, por lo que se presentó un enriquecimiento torticero de la entidad, con detrimento patrimonial de la demandante, existiendo un nexo causal entre aquel y este, por lo que surge para la demandada la obligación de resarcir el perjuicio a la actora en cuantía superior a \$ 952'522.085 (f. 387, c. 1).

La Nación-Ministerio de Defensa reiteró los argumentos de la contestación de la demanda, en cuanto a la responsabilidad de la demandante en la elaboración de su propia oferta, que hizo con fundamento en los términos del pliego de condiciones, respecto del cual ninguna observación hizo cuando tuvo oportunidad de hacerlo, y sin consultar los precios de mercado, como debió hacerlo, para presentar una propuesta seria, real y ajustada a las necesidades de la entidad. Por lo tanto, si en la ejecución del contrato la demandante no obtuvo las utilidades esperadas, ello se presentó por causas imputables al mismo contratista, constitutivas de un riesgo empresarial que le corresponde asumir (f. 387, c. 1).

En cumplimiento de lo dispuesto en materia de descongestión por el Acuerdo No. PSAA11-8151 del 31 de mayo de 2011, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante auto del 10 de junio de 2011 se dispuso remitir el proceso al Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, para que profiriese la respectiva sentencia (f. 406, c. 1).

La contestación de la demanda

La Nación - Ministerio de Defensa contestó la demanda, aceptó algunos hechos como ciertos, negó otros y se opuso a las pretensiones, por cuanto consideró que la afectación económica que alega el demandante obedeció a su propia imprevisión, irresponsabilidad y falta de diligencia y cuidado en el manejo de sus negocios, al no haber consultado los precios del mercado al elaborar su oferta, circunstancia que no configura un rompimiento del equilibrio económico del contrato que deba ser restablecido por la entidad, pues no corresponde a un evento extraño, imprevisible y anormal que se hubiera presentado con posterioridad a su celebración, sino más bien a la elaboración de una oferta con precios artificialmente bajos, con el objeto de obtener la adjudicación, para

reclamar posteriormente un presunto restablecimiento de la ecuación contractual (f. 87 a 101, c. 1).

La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante sentencia proferida el 28 de mayo de 2012, resolvió declarar la nulidad de la Resolución No. 29 del 14 de septiembre de 2004 expedida por el Ministerio de Defensa Nacional - Fuerza Aérea Colombiana, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el Contrato de Obra No. 308-FAC-2003, y condenó a la entidad demandada a pagar, a favor del Consorcio Llanogrande, la suma de \$ 375'862.666 por concepto de indemnización² (f. 413 a 430, c. ppl.).

El *a-quo* consideró que fue la entidad estatal demandada la que se equivocó al abrir un proceso de contratación directa en Bogotá, para ser ejecutado en Rionegro Antioquia, regido por un pliego de condiciones que incluyó unos precios unitarios que no atendieron a los precios del mercado, como se constató con el dictamen pericial, *“por lo que no se compadece que sea el particular quien soporte la carga de dicho error al estar demostrado que el consorcio, pese a todo lo sucedido cumplió con la obra”*, pues este evento lo que pone de presente es un empobrecimiento de una parte y un enriquecimiento de la otra, al beneficiarse de la obra el Estado a un precio menor frente a la realidad de los verdaderos precios de mercado en el lugar en el que se desarrolló la labor pactada en el contrato, lo que *“a claras presenta un desequilibrio en la balanza o ecuación del contrato”*, a pesar de lo cual la entidad no lo reconoció frente a la petición del contratista y procedió a liquidar unilateralmente el contrato.

Consideró el Tribunal que el contratista obró de buena fe pero no la entidad, al fijar precios que obedecían a tópicos diferentes de la obra a realizar, pese a lo cual el contratista aceptó los precios predeterminados por la FAC, sin percatarse de que correspondían a un lugar diferente. Por ello, el *a-quo* encontró procedente la declaratoria de nulidad del acto de liquidación unilateral demandado, y el reconocimiento por parte del Estado, de los sobrecostos en los que incurrió el contratista, según el dictamen pericial, que estableció un valor de la obra final

² Con salvamento de voto del magistrado Jesús Guillermo Guerrero González, f. 432, c. ppl.

ejecutada de \$ 928'962.279 que, frente al valor del contrato suscrito, representó una diferencia de \$ 416'446.512,92.

No obstante, como la diferencia económica resultaba superior al 50% del valor inicial del contrato, de acuerdo con lo establecido por el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que dispone que los contratos no podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial, el Tribunal sólo reconocería a título de indemnización, el valor que resultara de la diferencia porcentual establecida en la norma, es decir el 50% de \$ 512'540.000, correspondiente entonces, a la suma de \$ 256'270.000, debidamente actualizada, lo que arrojó como monto de la condena la suma de \$ 375'862.666.

El recurso de apelación

Inconforme con lo decidido en primera instancia, la demandada interpuso recurso de apelación en el que solicitó su revocatoria y que, en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda, para lo cual reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso, en especial en cuanto consideró que fue el Consorcio Llanogrande el que no hizo el esfuerzo de elaborar un presupuesto serio, objetivo y responsable sobre la obra a ejecutar, por lo que es improcedente imponerle responsabilidad a la contratante, cuando en la licitación el contratista ni siquiera presentó objeción alguna al estudio realizado por la entidad y su valor a contratar (f. 438, c. ppl.).

Reiteró que, en consecuencia, en el presente caso no se dieron los requisitos para predicar el rompimiento del equilibrio económico del contrato y que, desde el procedimiento de selección, el contratista conoció todos los factores determinantes de los costos de ejecución del contrato a suscribir, por lo que debió planificar, estudiar, analizar los precios de los materiales y mano de obra que iba a requerir en la ejecución del contrato, y al presentar su oferta aceptó la responsabilidad de su obligación de realizar todas las indagaciones y evaluaciones necesarias para ello, así como los costos y riesgos que implicara la ejecución del objeto contractual.

El trámite de la segunda instancia.

El recurso de apelación fue admitido por auto del 1 de marzo de 2013 y ejecutoriado éste, mediante proveído del 19 de abril del mismo año, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para

que rindiera concepto de fondo, término procesal en el que las partes y la referida entidad guardaron silencio (f. 465, 467 y 468, c. ppl.).

CONSIDERACIONES

Competencia del Consejo de Estado

Le corresponde a la Sala resolver en segunda instancia el presente proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984³-, norma vigente al momento de presentación de la demanda, según la cual el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia⁴.

Adicionalmente, conoce la Sala del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el 28 de mayo de 2012, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión indemnizatoria ascendió a suma superior a \$ 400'000.000, por concepto de los sobrecostos que asumió el contratista en la ejecución del contrato⁵, mientras que el monto exigido para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción contractual tuviera vocación de doble instancia era de \$ 179'000.000⁶.

³ A la fecha en que se profiere la sentencia se encuentra en vigencia la Ley 1437 de 2011, "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", sin embargo, por expresa disposición de la norma, éste no es aplicable al proceso de la referencia. "ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012. // Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. // Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior"

⁴ De acuerdo con el artículo 132 numeral 5º del C.C.A. "Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes procesos: (...) 5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales".

⁵ Estimación razonada de la cuantía, f. 44, c. 1.

⁶ Lo anterior teniendo en cuenta que para el 2004 el salario mínimo ascendía a la suma de \$358.000 –Decreto 3770 del 26 de diciembre de 2003-, que, multiplicados por 500, corresponden a \$ 179'000.000.

Legitimación en la causa

En el presente proceso, las partes: demandante -Consortio Llanogrande y sociedades E.E.I.I. Ltda., Llanopozos Ltda e Inggés Ltda.- y demandada -Nación- Ministerio de Defensa Nacional-Fuerza Aérea de Colombia se encuentran legitimadas en la causa por activa y por pasiva, respectivamente, dado que fungieron como contratista y contratante del negocio jurídico -contrato de obra 308-FAC-2003- respecto del cual se profirió el acto administrativo de liquidación unilateral impugnado: Resolución 29 del 14 de septiembre de 2004 y se erigieron las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Oportunidad de la acción

De conformidad con lo dispuesto por el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del C.C.A, la demanda fue presentada oportunamente, toda vez que la Resolución 29 de liquidación unilateral del contrato fue proferida el 14 de septiembre de 2004 y la demanda se presentó el 22 de octubre del mismo año.

El problema jurídico

Teniendo en cuenta los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y los hechos probados, deberá la Sala establecer si en el proceso se acreditó la ilegalidad del acto de liquidación unilateral del contrato de obra 308-FAC-2003 por no haber contemplado el restablecimiento del equilibrio económico del contrato al que tenía derecho el contratista o si, por el contrario, no había lugar al mismo y, por ende, el acto impugnado fue legal.

El acto acusado

Mediante Resolución No. 29 del 14 de septiembre de 2004 suscrita por el Director de Instalaciones Aéreas, de la Jefatura de Apoyo Logístico, Fuerza Aérea de Colombia, Ministerio de Defensa Nacional, se liquidó unilateralmente el Contrato No. 308-FAC-2003 celebrado entre esta entidad y el Consortio Llanogrande, en los siguientes términos⁷ (f. 274, c. 2):

⁷ La resolución fue notificada personalmente al representante legal del Consortio Llanogrande el 17 de septiembre de 2004 (f. 278, c. 2).

PRIMERO: La administración procede a liquidar unilateralmente el Contrato No. 308-FAC-2003, suscrito entre EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - FUERZA AÉREA COLOMBIANA y el CONSORCIO LLANOGRANDE, en los siguientes términos:

VALOR DEL CONTRATO	\$512.540.000.00
VALOR CANCELADO AL CONTRATISTA	\$512.515.766.08

Orden de Pago	Fecha	Valor
55442	21 de octubre de 2003	\$158.887.400.00
61833	31 de mayo de 2004	\$353.628.366.08
Valor final pagado		\$512.515.766.08

SEGUNDO: Mediante Acta de Anulación de Recursos de Reserva Presupuestal se anulan los recursos sobrantes del presupuesto por valor de \$ 24.233,92, suma a ser reintegrada a la Dirección del Tesoro Nacional.

TERCERO: Mediante oficio S/N DINSA-EMACO-023 de fecha 19 de Agosto de 2004, la administración dio respuesta al Derecho de Petición interpuesto por la firma CONSORCIO LLANOGRANDE, determinando que NO es procedente la solicitud del peticionario en cuanto al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

CUARTO: Conforme a la anterior liquidación no existe para ninguna de las partes contratantes obligación pendiente.

QUINTO: El mencionado contrato por la presente acta, se liquida y se determina que se cumplió a cabalidad por las partes contratantes.

En las consideraciones de este acto administrativo, se dejó constancia de la reclamación que, por causa del rompimiento del equilibrio económico del contrato, hizo el contratista, quien solicitó el reconocimiento y pago del mayor valor en que incurrió el Consorcio Llanogrande para la realización de los trabajos contratados, a la cual sujetó la suscripción de la liquidación de común acuerdo, pidiendo que, de no ser concedida, se procediera a la liquidación unilateral del contrato.

El demandante considera que la anterior decisión administrativa debe ser anulada, por no contener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato que oportunamente solicitó ante la entidad y al cual alega tener derecho.

Consideraciones de la Sala:

Para efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia, procederá la Sala a revisar el régimen jurídico del contrato objeto de la controversia, del cual hace parte el derecho de las partes al restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando el mismo se vea afectado por circunstancias que no sean imputables a la parte afectada y, a

continuación, se analizará el acervo probatorio obrante en el plenario, para establecer la procedencia o improcedencia de las pretensiones de la demanda.

Régimen de contratación de la entidad demandada

Toda vez que la entidad contratante fue la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Fuerza Aérea de Colombia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 80 de 1993⁸, que estableció el campo de aplicación del régimen de contratación allí consagrado, el negocio jurídico materia de la presente controversia se encuentra cobijado por dicho estatuto.

En el artículo 27 de la referida ley, referido a la ecuación contractual, se dispuso que *“[e]n los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento (...)”*.

El artículo 4º *ibídem*, consagra dentro de los derechos de la entidad estatal contratante, el de solicitar la actualización o revisión de los precios, cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato y el artículo 5º, consagra el derecho de los contratistas, *“(...) previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas”*.

Por su parte, el artículo 14 de la Ley 80, dispone que cuando la Administración ejerza alguna de sus potestades excepcionales de interpretación, modificación o terminación unilateral, debe proceder a reconocer y ordenar el pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y que se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello *“...con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial”*; y, además, estipula que las partes aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, para mantener la ecuación o equilibrio inicial.

⁸ *“ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS. Para los solos efectos de esta ley: // 1o. Se denominan entidades estatales: // a) La Nación (...) b) (...) los ministerios (...)”*.

El numeral 14 del artículo 25 del mismo estatuto, relativo al principio de economía, estipula que las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados, por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

Y el artículo 28 *ibídem*, establece que, en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, se tendrá en consideración, entre otras cosas, la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

A través de las anteriores normas, el legislador consagró, en el ámbito de la contratación estatal, la figura del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, que de tiempo atrás fue elaborada e instituida por la jurisprudencia, en reconocimiento del hecho de que, si bien es cierto que, en principio, en materia de contratos funge el principio del *pacta sunt servanda*⁹, esta exigencia de cumplimiento exacto de lo pactado, opera en la medida en que las condiciones existentes al momento de celebrar el contrato, se mantengan incólumes, por lo que se recurrió al principio del *rebus sic stantibus*, conforme al cual, las condiciones originales del contrato se deben mantener, siempre y cuando se conserve durante la etapa de ejecución o cumplimiento la situación de cargas y beneficios que soportaban las partes en el momento de su celebración, pero no se puede ni debe mantener, cuando esa situación sufre modificaciones entre el momento en que se trabó la relación comercial y una época posterior durante la ejecución del contrato; con fundamento en dicho principio, se abrió paso el derecho de la parte afectada por una situación imprevista y sobreviniente durante la ejecución de las prestaciones, a que se le restablezca la ecuación contractual, cuando haya sido gravemente afectada.

⁹ De conformidad con este principio, el contrato es ley para las partes y debe ser ejecutado en la forma y términos pactados, tal y como lo dispone el artículo 1602 del Código Civil: "*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*", por lo que las estipulaciones acordadas por los contratantes al celebrarlo, deben prevalecer durante todo el término de su ejecución, y sólo pueden variarse por un nuevo acuerdo de voluntades; lo que se traduce, en consecuencia, en que una de las partes no puede, unilateralmente, desconocer las condiciones en las que se obligó inicialmente, y debe cumplir las prestaciones a su cargo exactamente en los términos en que se comprometió a hacerlo.

Como reiteradamente lo ha reconocido la jurisprudencia, el equilibrio económico del contrato puede verse afectado por diversas causas, provenientes de la Administración contratante o exógenas a las partes del negocio jurídico que, si bien no corresponden a eventos de responsabilidad culposa en el ámbito de la contratación, sí dan lugar a reconocimientos económicos a favor de la parte afectada, en aras de restablecer el balance de la ecuación contractual que surgió al momento de celebrarse el negocio jurídico, cuando se consideraron equivalentes las prestaciones pactadas a cargo de las partes.

Como causas del rompimiento del equilibrio económico del contrato, se han contemplado las provenientes de la misma entidad y las exógenas:

Causas provenientes de la entidad:

Dentro de las primeras, conviene aclarar que, si bien la ley hace alusión al incumplimiento de la entidad contratante - numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993-, el mismo realmente no corresponde a un evento de desequilibrio contractual y, como lo ha dicho la Sala, “(...) *debe manejarse con mayor propiedad, bajo la óptica de la responsabilidad contractual, por cuanto, como es bien sabido, se trata de dos “...instituciones distintas en su configuración y en sus efectos”¹⁰, puesto que la responsabilidad contractual se origina en el daño antijurídico que es ocasionado por la parte incumplida del contrato, lo que hace surgir a su cargo el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados en forma plena, es decir, que para el afectado surge el derecho a obtener una indemnización integral, lo que no sucede, como se verá, en todos los eventos de rompimiento del equilibrio económico del contrato¹¹.¹²*

Dentro de las causas de afectación del equilibrio económico del contrato que sí provienen de la entidad, se halla el *ius variandi*, mediante el ejercicio de las facultades excepcionales de interpretación, modificación o terminación unilateral del contrato que, por disposición legal, imponen el deber a la administración de

¹⁰ [48] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2005, expediente 28.616, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar”.

¹¹ [49] “Sobre las diferencias entre el incumplimiento del contrato y el rompimiento del equilibrio económico del contrato, se pueden consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente 29214, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 27 de enero de 2016, expediente 38449, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y sentencia del 13 de abril de 2016, expediente 46297, entre otras”.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 31 de enero de 2019, expediente 37910.

reconocer las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los contratistas objeto de tal medida, y que deberán aplicarse los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial (arts 14, num. 1º y 16 de la Ley 80/93).

Así mismo, en esta categoría se encuentra el hecho del príncipe, teoría que se funda en el rompimiento del equilibrio económico del contrato proveniente de la expedición, con posterioridad a la celebración del contrato, de una medida de carácter general, impersonal y abstracto por parte de la entidad contratante, en ejercicio de sus funciones y no como parte del contrato, que era imprevista e imprevisible, y que, de manera indirecta, afecta a su propio contratista, ocasionando una alteración extraordinaria o anormal de la ecuación contractual, que se traduce en un detrimento grave de sus intereses económicos. Es decir que corresponde a una actuación legítima de la Administración, aunque no como parte del contrato, pero que de todas maneras afecta la equivalencia de sus prestaciones.

Cuando se presenta el rompimiento del equilibrio económico del contrato por causas provenientes de la entidad contratante, como las vistas, el contratista afectado tiene derecho a que se le reconozcan los mayores costos y las utilidades dejadas de percibir, en el caso del *ius variandi*, o la indemnización integral de los perjuicios, en el evento del hecho del príncipe, pues este ha sido considerado como una modalidad de responsabilidad sin culpa de la entidad contratante¹³.

Causas exógenas:

Dentro de esta categoría se hallan los eventos que pueden ser clasificados dentro de la teoría de la imprevisión, la cual se presenta cuando hechos extraordinarios, ajenos a las partes, sobrevinientes a la celebración del contrato y que se presentan durante su ejecución, que no eran razonablemente previsibles cuando se suscribió el acuerdo de voluntades, afectan de manera grave el cumplimiento de las obligaciones, haciéndolo mucho más gravoso para una de ellas.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003, expediente 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del

Para que se pueda predicar este evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato, que dé lugar al reconocimiento de los mayores costos a favor de la parte afectada, se deben reunir ciertos requisitos:

- 1) Que, con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho ajeno a las partes, no atribuible a ninguna de ellas.
- 2) Que ese hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato, es decir, que constituya un álea extraordinaria.
- 3) Que esa nueva circunstancia sea imprevista y no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes.
- 4) Que esa circunstancia imprevista, dificulte la ejecución del contrato haciéndolo mucho más oneroso, pero no la imposibilite.

Como se ve, una de las notas características de esta teoría, es que el hecho que afecte de manera grave y significativa la ecuación contractual sea ajeno a las partes, es decir, que no provenga ni le sea imputable a ninguna de ellas; pero así mismo, tiene que ser extraordinario, imprevisto e imprevisto, presentarse luego de celebrado el contrato y producir una excesiva onerosidad.

Cuando se reúnen estas características y se presentan sobrecostos exagerados para una de las partes en la ejecución de las prestaciones a su cargo, hay lugar a restablecer la ecuación contractual, mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que hubiere incurrido la parte afectada, es decir, como lo establece la ley, llevarlo a un punto de no pérdida -inciso 2, artículo 5, Ley 80 de 1993-.

Significa lo anterior, que no basta alegar y comprobar la existencia de cualquier clase de sobrecostos en la ejecución de las prestaciones a cargo de una de las partes, pues se halla de por medio el alea normal de todo contrato junto con los riesgos que asumen cada una de ellas, que puede redundar en mayores o menores resultados económicos. Por esto, aún si se demuestra la excesiva onerosidad, ello no será suficiente para obtener la prosperidad de las pretensiones de restablecimiento, si no se acreditan todos los demás elementos exigidos para la

configuración del rompimiento del equilibrio económico del contrato en cualquiera de sus modalidades, en los términos explicados.

Hechos probados

En el *sub-lite* se acreditaron los siguientes hechos, relevantes para la litis:

- Mediante Resolución No. 049 del 12 de septiembre de 2003, el Director de Instalaciones Aéreas de la Jefatura de Apoyo Logístico de la Fuerza Aérea Colombiana adjudicó el proceso de Contratación Directa No. 121-FAC-DINSA-2003, para la construcción del Escuadrón Base y Talleres de Instalaciones del Grupo de Apoyo del Comando Aéreo de Combate No. 5, RIONEGRO-ANTIOQUIA al Consorcio Llanogrande, por valor de \$ 512'540.000,00 (f. 292, c. 2).

- El 24 de septiembre de 2003 la Dirección de Instalaciones Aéreas de la Fuerza Aérea Colombiana y el Consorcio Llanogrande celebraron el Contrato de Obra No. 308-FAC-2003, cuyo objeto fue la construcción del Escuadrón Base y Talleres de Instalaciones del Grupo de Apoyo del Comando Aéreo de Combate No. 5, RIONEGRO-ANTIOQUIA de acuerdo con las especificaciones contenidas en el pliego de condiciones y sus anexos, por un valor de 512'540.000,00 y con un plazo de ejecución de 180 días a partir de la suscripción del acta de inicio¹⁴. De las estipulaciones de este contrato, se destacan (f. 279, c. 2):

CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO: (...) **PARÁGRAFO SEGUNDO:** *Es responsabilidad exclusiva de EL CONTRATISTA garantizar el suministro y transporte de personal, materiales, equipos, insumos y demás implementos necesarios al sitio de la obra, para la correcta y oportuna ejecución de la misma, teniendo en cuenta los plazos, las cantidades y valores descritos en la propuesta (...).*

CLÁUSULA QUINTA.- CANTIDADES DE OBRA Y PRECIOS UNITARIOS: *EL CONTRATISTA se obliga para con EL MINISTERIO a ejecutar las cantidades obras (sic) estimadas en los pliegos a los precios unitarios presentados por EL CONTRATISTA en su propuesta (...).*

CLÁUSULA SEXTA.- VALOR DEL CONTRATO: *El valor del presente contrato es la suma de **QUINIENTOS DOCE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$512'540.000,00) M/CTE.**, incluidos el AIU y el IVA sobre la utilidad que corresponde al valor total de las obras a ejecutar. Todos los precios aquí contemplados se entienden fijos y firmes y por lo tanto no están sujetos a ninguna clase de reajuste. Igualmente dentro de este precio, van incluidos los costos proyectados al plazo de ejecución del presente contrato y la utilidad razonable que EL CONTRATISTA pretende obtener, en*

¹⁴ En el plenario no obra copia del acta de inicio, pero según el acta de recibo final de obra la fecha de iniciación del contrato fue el 15 de octubre de 2003 (f. 295, c. 2).

consecuencia, no se aceptarán solicitudes de reajustes de precios, invocados con base en estas circunstancias. **PARÁGRAFO PRIMERO:** El valor definitivo será el que resulte de multiplicar la cantidad de obra inicialmente contratada y recibida a entera satisfacción por los precios unitarios fijados en la propuesta adjudicada, más el valor de las obras adicionales, y mayores cantidades de obra, sin exceder el valor total del contrato aquí estipulado. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** EL CONTRATISTA declara que los precios unitarios referidos en la cláusula segunda de este contrato, incluyen todos los costos directos, de personal, material, equipos y transportes al sitio de la obra, requeridos para la ejecución de las obras objeto del contrato. Por tanto EL MINISTERIO, no reconocerá sumas diferentes a las aquí expresadas por la ejecución de las mismas, a menos que se trate de lo establecido para los costos imprevistos ocasionados por retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales del contrato. **PARÁGRAFO TERCERO:** Los precios unitarios y los precios por suma global, cubren los costos de materiales, mano de obra en trabajos diurnos y nocturnos o en días feriados, prestaciones sociales, herramientas, maquinaria y todos los demás gastos inherentes al cumplimiento satisfactorio del contrato. Estos precios no estarán sujetos a revisiones ni cambios. EL CONTRATISTA tiene en cuenta, además, los posibles incrementos salariales y prestacionales. No se admitirá como justificación para la prórroga, inconvenientes de tipo económico, por lo que el proponente debe comprometerse a cumplir cabalmente con el programa de obra propuesto (...).

- El 27 de enero de 2004, el contratista dirigió oficio al interventor del contrato en el que solicitó la realización de un comité técnico para que estudiara los precios unitarios del contrato, ya que, como lo había manifestado antes, “(...) los precios acordados para la ejecución del contrato de la referencia han venido generando una pérdida paulatina demostrable”, y que había un mayor valor de la obra a ejecutar, que ocasionaría un detrimento patrimonial al contratista (f. 29, c. 2).

- El 3 de febrero de 2004 la interventoría respondió la anterior solicitud, manifestándole al contratista que, una vez analizados los aspectos legales del contrato, no encontraba que existiera ninguna situación que soportara dicha petición, transcribiendo apartes de la carta de presentación de la oferta del Consorcio Llanogrande, en los que éste asumía la responsabilidad por el contenido de la misma y “(...) de haber realizado todas las evaluaciones e indagaciones necesarias para presentar la propuesta sobre la base de un examen cuidadoso de las características del negocio”, manifestando que habían “(...) realizado el examen completo y cuidadoso” y habían “(...) investigado plenamente las condiciones del contrato” que se comprometían a ejecutar, y que, en general, conocían “(...) todos los factores determinantes de los costos de ejecución del contrato a suscribir, los cuales se encuentran incluidos en los términos de nuestra propuesta”, aclarando que aceptaban y reconocían que cualquier omisión en la que hubieran podido incurrir en la investigación de la información que pudiera

influir para la determinación de su propuesta no los eximiría de la obligación de asumir sus responsabilidades como contratistas, manifestando expresamente que renunciaban *“(...) a cualquier reclamación, reembolso o ajuste de cualquier naturaleza por cualquier situación que surja y no haya sido contemplada por nosotros en razón de nuestra falta de diligencia en la obtención de la información”*.

De acuerdo con estos términos de la oferta, lo pactado en el contrato -parágrafo 3 de la cláusula sexta- sobre los precios unitarios, en cuanto a que no estarían sujetos a revisiones ni a cambios, y lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 -*“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”*-, el interventor consideró que *“(...) la Entidad no puede realizar el estudio solicitado por ustedes ya que la adjudicación del contrato se realizó con base a los precios unitarios presentados en la oferta y estaría fuera de cualquier marco legal reajustar estos valores”* (f. 123, c. 2).

- El 12 de abril de 2004 las partes suscribieron el acta de recibo final de obra del Contrato 308 de 2003, en la que se registró que la obra fue terminada y recibida a satisfacción de la entidad (f. 125, c. 2).

- Mediante oficio del 26 de julio de 2004, el contratista solicitó a la entidad contratante que se realizaran los ajustes, revisiones y reconocimientos en la ejecución del contrato que se planteaban en dicha petición, antes de proceder a la liquidación final del contrato. Como fundamento de su solicitud, el contratista manifestó que, en el proceso de selección adelantado por la entidad, el Consorcio Llanogrande presentó su oferta técnico-económica-jurídica *“(...) basada en los pliegos de condiciones en donde se encuentra contenido el presupuesto oficial de obra que incluye los ítems a ejecutar con la discriminación de cada uno de los precios unitarios. Con la salvedad que se actúa de buena fe, el consorcio conforme al presupuesto oficial, eleva su propuesta económica, sin tener en cuenta los precios del mercado, ya que considera que esa actividad fue realizada previamente por la Dirección de Instalaciones Aéreas de la Fuerza Aérea Colombiana”*, pero que, una vez suscrita el acta de iniciación, el 15 de octubre de 2003, el director de obra *“(...) se percata que los precios unitarios contratados frente a las cantidades de obra exigidas no corresponden, pudiendo con ello ocasionar graves inconvenientes en los avances en la ejecución del contrato e*

incluso pérdidas para el contratista”, situación que fue puesta en conocimiento del interventor, quien no atendió la solicitud de realizar un comité técnico para analizar el punto. Adujo el contratista que, de acuerdo con el análisis de precios unitarios que le adjuntaba con esta petición, el contrato dejaba pérdidas por valor de \$ 390’585.142, por lo que solicitaba un reajuste del saldo a favor del contratista para efectos del restablecimiento del equilibrio económico del contrato y que, en consecuencia, se dispusiera su liquidación de común acuerdo, ordenando “(...) el reconocimiento y pago del mayor valor que efectuó el consorcio Llano Grande para la realización de los trabajos contratados y que ascienden a la suma de (...) (\$903’125.142,00)” (f. 239, c. 2).

- El 30 de julio de 2004, el interventor envió al contratista el acta de liquidación del contrato, para su suscripción (f. 263, c. 2).

- El 7 de agosto de 2004 fue entregada la respuesta del contratista a la anterior solicitud, en el sentido de que no podía suscribir la liquidación propuesta, por estar pendiente de la decisión sobre la reclamación que previamente había efectuado respecto del restablecimiento del desbalance económico del contrato (f. 265, c. 2).

- Con oficio del 19 de agosto de 2004, el Director de Instalaciones Aéreas dio respuesta al derecho de petición elevado por el Consorcio Llanogrande negando la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, con argumentos similares a los expuestos por el interventor en su oficio del 3 de febrero de 2004, a lo cual agregó que los pliegos de condiciones se publicaban para brindar al público en general la información que permitiera formular observaciones a su contenido, y en relación con el proceso de contratación directa NO. 121-fac-dinsa-2003, ningún oferente interesado presentó observación alguna relacionada con el presupuesto oficial de la obra, ni en la audiencia de aclaración del pliego se manifestó que el mismo no correspondiera a la realidad del mercado; por último, concluyó que “(...) *es claro que la situación presentada durante la ejecución del contrato 308-FAC-2003, que ocasionó el desequilibrio económico, éste no se presentó por causas debidas al hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión o a errores de la administración, sino que dicha circunstancia es imputable al mismo contratista afectado, en un fenómeno conocido doctrinaria y jurisprudencialmente como el Riesgo empresarial, que es una modalidad de riesgo que puede alterar el equilibrio contractual (...)*”. En consecuencia, no era

procedente la solicitud del peticionario y se debía proceder con los trámites de la liquidación del contrato (f. 267, c. 2).

En oficio fechado el 26 de agosto de 2004, el contratista acusó recibo de la anterior respuesta y manifestó a la entidad contratante que le solicitaba que al momento de efectuar la liquidación del contrato se tuviera en cuenta el equilibrio financiero “(...) o de lo contrario se proceda a efectuar la liquidación unilateral” (f. 273, c. 2).

El 14 de septiembre de 2004, la entidad demandada expidió la Resolución No. 29, por medio de la cual liquidó unilateralmente el contrato 308-FAC-2003 (f. 274, c. 2).

Dictamen pericial

En la demanda se pidió el decreto de un dictamen pericial por parte de un ingeniero, “(...) a fin de confrontar los precios pactados en el contrato suscrito entre el Ministerio de Defensa Nacional - Fuerza Aérea Colombiana y el Consorcio Llano Grande en relación con los precios unitarios que sirvieron de referente a la entidad contratante y los precios del mercado tomando como referentes los precios de la secretaría de obras públicas de Cundinamarca e INVÍAS para los años 2001, 2002 y 2003” (f. 28, c. 1).

El ingeniero designado por el Tribunal para realizar la experticia, presentó dictamen en el cual efectuó una “*Confrontación del contrato y el listado de precios unitarios vigentes en 2003 en la provincia de Sabana Occidente y Soacha*”, por considerar que, de los obrantes en el expediente, aportados por la Secretaría de Obras Públicas de Cundinamarca (f. 139-270) eran los que más coincidían con el listado de obras del contrato, y concluyó que “(...) si se hubiera adoptado como referente el listado de precios vigente en 2003 en la Provincia Sabana-Occidente-Soacha el costo de la obra presupuestada hubiera ascendido a la suma de \$538.477.337” (f. 347, c. 1).

La parte actora solicitó adición del dictamen, pues a pesar de que en el mismo se insistió en que las obras se efectuaron en Antioquia y que era considerable la diferencia de precios entre ejecutar una obra en Cundinamarca y hacerlo en aquel departamento, “(...) omitió expresar técnicamente el valor de cada uno de los ítems contratados en el municipio de RIONEGRO-ANTIOQUIA, teniendo en

cuenta que el objeto del contrato fue la construcción del escuadrón Base y Talleres de Instalaciones del grupo de apoyo del comando aéreo de combate No. 5, en el Municipio de RIONEGRO-ANTIOQUIA” (f. 378, c. 1).

El perito dio respuesta a la anterior solicitud, manifestando que *“Infortunadamente dentro de los elementos de juicio allegados al expediente y puestos a disposición del perito no aparece un listado de precios unitarios de construcción vigentes en el lugar de los hechos. Pero sí el listado de los ítemes objeto del contrato, a fols. 81-92, por un valor total de \$ 512.540.000. Esta cifra está corroborada a fol. 36 (demanda) y a fol. 38 (contestación de la demanda). No hay razón, pues, para dudar de ella. En cuanto al costo real de la obra el Consorcio Contratista realizó un análisis de precios unitarios cuidadosamente detallado de todos los ítemes del contrato, seguramente fundamentado en los costos reales de materia prima y mano de obra vigentes en el lugar de las obras. (Ver fols. 177-276, c. principal). Y con base en éstos elaboró el cuadro de los costos finales de las obras que ascendieron a la suma total de \$ 928.962.279 (fols. 169-176), incluyendo el valor de obras adicionales por \$ 11.201.063, así como el AIU y el IVA”. A lo cual agregó que “No tengo ningún elemento de juicio que me permita objetar la validez de la cifra anterior, por tanto, en mi opinión, ésta es la que se debe tener en cuenta para el pago del contrato al contratista”. Y como en la liquidación del contrato se le reconocieron \$512'515.766,08, la diferencia sería de \$ 416'446.513 que estarían pendientes de pago, suma que actualizó a la fecha del dictamen -6 de julio de 2010-, lo que arrojó, junto con los intereses calculados, un total de \$ 952'522.385 (f. 380, c. 1).*

Pruebas testimoniales

En el proceso se recibieron las declaraciones de los señores Antonio José Restrepo Mejía y Mario Andrés González Mejía, las cuales fueron pedidas por la parte actora (f. 27, 287 y 318, c. 1).

En relación con la primera, se observa que el deponente es el representante legal tanto de la sociedad EEII Ltda., miembro del Consorcio Llanogrande, como del mismo consorcio, tal y como consta en el certificado de existencia y representación de la sociedad, como en la comunicación enviada a la entidad demandada, en la que fue designado dicho representante por los miembros del consorcio (f. 47, c. 1 y f. 301 y 302, c. 2).

En tales condiciones, no resulta susceptible de valoración dicha declaración, puesto que el testimonio debe provenir de terceros. En efecto, el artículo 213 del C.P.C.¹⁵, que establece que *“Toda persona tiene el deber de rendir el testimonio que se le pida, excepto en los casos determinados por la ley”*, está ubicado en el Capítulo IV del Título XIII de la Sección Tercera del estatuto procesal, y ese capítulo se refiere, precisamente, a la *“Declaración de Terceros”*, por lo que se descarta que el testimonio pueda provenir del demandante o del demandado, quienes tan sólo pueden rendir declaración dentro del proceso mediante un interrogatorio de parte, que es un medio de prueba distinto, bien sea decretado oficiosamente o por solicitud de la otra parte, con el lleno de los requisitos legales para su práctica (arts. 202 a 210, C.P.C.).

Es así como en el Capítulo II del referido Título, se reguló la Declaración de Parte, en donde se estableció -art. 194- que la confesión judicial, que es la que se efectúa ante el juez, puede ser provocada o espontánea, siendo la primera, aquella *“(…) que hace una parte en virtud de interrogatorio de otra parte o del juez, con las formalidades establecidas en la ley (…)”*, y el primer inciso del artículo 203, referido al interrogatorio a instancia de parte, establece que *“Dentro de la oportunidad para solicitar pruebas en la primera instancia, cualquiera de las partes podrá pedir la citación de la contraria, a fin de interrogarla sobre hechos relacionados con el proceso”*, lo que significa que no puede la parte pedir que sea ella misma citada para rendir declaración.

En el presente caso, la declaración rendida por Antonio José Restrepo Mejía carece de eficacia probatoria, pues *“(…) se trata de una declaración realizada por los propios demandantes; lo anterior, más si se tiene en cuenta que para ello se impone, de manera imperativa, que la versión provenga de un tercero ajeno al proceso judicial y no de uno de quien se encuentra en un extremo de la litis, evento este en el cual lo procedente es acudir a la declaración de parte con sujeción a las reglas que determinan su petición y práctica, entre las cuales se encuentran la improcedencia de que ella misma pueda pedir que se realice su propia declaración”*¹⁶.

¹⁵ Norma aplicable en el *sub-lite*, puesto que el proceso se rigió por el Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de junio de 2016, CD.P. Marta Nubia Velásquez Rico. En el mismo sentido, entre muchas otras: Subsección B, sentencia del 30 de julio de 2015, expediente 33332, C.P. Danilo Rojas Betancourth; Subsección A, sentencia del 26 de noviembre de 2014, rad.: 76001-23-31-000-2003-00834-02(AG), C.P. Hernán Andrade Rincón.

Tener en cuenta el testimonio de una de las partes, equivaldría a “(...) valorar la apreciación de uno de los demandantes frente a circunstancias que los benefician, como si hubieran sido percibidas por un tercero imparcial, teniendo en cuenta que tal posibilidad es contraria a la naturaleza de las declaraciones de terceros -prueba histórica o de reconstrucción de hechos (...)”¹⁷. Como lo ha sostenido la Sala:

*(...) mientras que el testimonio corresponde a una declaración espontánea de una persona ajena al proceso que se presenta a exponer de su propia conformidad y sin intervención de nadie, lo que sabe acerca de una causa, la finalidad de quien solicita un interrogatorio de parte es la de obtener la confesión de la parte contraria. Así pues, la declaración de parte está prevista en los artículos 194 a 210 del Código de Procedimiento Civil, como un medio de prueba que tiene como propósito lograr la confesión y que puede ser practicada en el proceso con la única condición de que sea una parte con intereses contrarios a quien solicite la citación de la otra parte, con el fin de interrogarla sobre hechos relacionados con el proceso*¹⁸.

Por las anteriores razones, no será valorado el testimonio rendido en el *sub-lite* por el representante legal de la parte actora.

En cuanto al segundo testimonio, fue rendido por quien en su momento se desempeñó como ingeniero residente de la obra objeto del contrato, y declaró, entre otras cosas, sobre el desbalance económico que sufrió el contrato por los sobrecostos que se estaban presentando, manifestando que “(...) por medio de colegas también constructores siempre estuve enterado del inminente incremento en el costo de materiales esenciales en el proyecto como tal es el caso de cemento y de acero de refuerzo, sí supe que en ese año, hubo un incremento y la empresa sufrió le tocó asumir el incremento de precios de lo antes mencionado adicionado un desbalance en los análisis de precios unitarios (APU) desbalanceando el contrato”.

Análisis de la Sala

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de abril de 2014, expediente 26883 A, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2012, expediente 23634, C.P. Hernán Andrade Rincón.

La valoración del escaso acervo probatorio allegado al plenario¹⁹, en concordancia con los términos de la demanda, permiten a la Sala concluir que, en el presente caso, el demandante no acreditó el rompimiento del equilibrio económico del contrato que ameritara su restablecimiento en la forma solicitada.

Es así como no se demostró que, con posterioridad a la celebración del contrato, se hubiera presentado un hecho extraordinario, imprevisto e imprevisible, ajeno a las partes, que haya afectado la equivalencia entre derechos y obligaciones surgida al momento de perfeccionarse el negocio jurídico, haciéndolo mucho más oneroso para el contratista.

Tampoco se demostró que la entidad demandada hubiera ejercido el *ius variandi*, o que haya expedido un acto de carácter general, que afectó de manera indirecta a su contratista -hecho del príncipe-, de tal manera que surgiera a su favor el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Lo que surge de las pruebas que se relacionaron, es la constatación de la afirmación efectuada en la demanda, en el sentido de que el contratista, cuando participó en el proceso de selección, presentó su oferta económica teniendo en cuenta el presupuesto oficial anunciado por la entidad en el pliego de condiciones, junto con los precios unitarios utilizados para determinarlo, sin consultar los precios del mercado.

Así se desprende de la manifestación que hizo el representante legal del Consorcio en comunicación enviada a la entidad pidiendo el restablecimiento de la ecuación contractual, en la que expresamente le informó que, una vez suscrita el acta de iniciación, el 15 de octubre de 2003, el director de obra “(...) *se percata que los precios unitarios contratados frente a las cantidades de obra exigidas no corresponden, pudiendo con ello ocasionar graves inconvenientes en los avances en la ejecución del contrato e incluso pérdidas para el contratista*”, tal y como lo relató la misma parte actora en su demanda.

También de la comunicación del 27 de enero de 2004, a menos de tres meses de iniciada la ejecución de las obras, en la que el representante legal del Consorcio pidió que se efectuara un comité técnico para estudiar los precios unitarios, pues

¹⁹ Entre otras cosas, no se allegó el pliego de condiciones que rigió el procedimiento de selección de contratistas previo a la adjudicación del contrato, como tampoco la propuesta presentada en el mismo por el demandante.

según sostuvo, *“(...) los precios acordados para la ejecución del contrato de la referencia han venido generando una pérdida paulatina demostrable”*.

Igualmente, de lo expresado por el contratista a la entidad el 26 de julio de 2004, cuando pidió reajustes al contrato antes de liquidarlo, reconociendo expresamente que el Consorcio Llanogrande presentó su oferta basada en los pliegos de condiciones y *“(...) sin tener en cuenta los precios del mercado, ya que considera que esa actividad fue realizada previamente por la Dirección de Instalaciones Aéreas de la Fuerza Aérea Colombiana”*.

Y de la declaración de quien fuera residente de obra, quien desprevenidamente aludió a la causa de la afectación del Consorcio contratista, al mencionar *“(...) un desbalance en los análisis de precios unitarios (APU)”*.

Como de lo pedido por la parte actora cuando solicitó un dictamen pericial, para que el auxiliar de la justicia confrontara los precios del mercado, *“(...) con los precios unitarios que sirvieron de referente a la entidad contratante”*. Y cabe observar que, al hacerlo, el auxiliar de la justicia se atuvo a lo que le informó el mismo demandante, tal y como se deduce de su afirmación, en el sentido de que *“En cuanto al costo real de la obra el Consorcio Contratista realizó un análisis de precios unitarios cuidadosamente detallado de todos los ítemes del contrato, seguramente fundamentado en los costos reales de materia prima y mano de obra vigentes en el lugar de las obras”*, agregando, en relación con la información de sobrecostos dada por el demandante, que *“No tengo ningún elemento de juicio que me permita objetar la validez de la cifra anterior, por tanto, en mi opinión, ésta es la que se debe tener en cuenta para el pago del contrato al contratista”*.

Es claro entonces para la Sala, que la afectación económica que dijo sufrir la parte actora con ocasión de la ejecución del contrato de obra objeto de la controversia provino, como lo admitió en su demanda, de la decisión del Consorcio Llanogrande, como proponente en el proceso de selección, de presentar la oferta con base en los precios unitarios utilizados por la entidad para calcular el presupuesto de la contratación, omitiendo, de manera inadmisiblemente, su deber de efectuar la consulta de los precios del mercado, para elaborar con base en los mismos su propuesta.

Se evidencia entonces, que la causa del desequilibrio económico del contrato alegado en la demanda no fue posterior a la celebración del negocio jurídico sino que se generó en la etapa previa a su suscripción; no fue un hecho imprevisible, puesto que era previsible y debió ser previsto por el contratista en el momento de preparar su propuesta; y no consistió en un hecho ajeno a las partes o imputable a la entidad a título de *ius variandi* o hecho del príncipe, puesto que se originó en la actitud omisiva del Consorcio Llanogrande, que no observó la suficiente diligencia y cuidado en la elaboración de su propia oferta.

Al respecto se observa que, si bien el deber de planeación en materia de contratación estatal le es exigible en primer término a la entidad que pretende adquirir un bien, obra o servicio requerido para el cumplimiento de sus fines y para garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, en tanto es la administración la que elabora todos los estudios, análisis y documentos requeridos para la futura contratación, también al contratista le asisten deberes en esa etapa previa a la celebración del contrato, de cuyo incumplimiento se derivan responsabilidades que no puede eludir, en tanto su participación en el proceso parte de la base de los conocimientos especializados y la experiencia que ostenta el proponente, y que contribuyen a la consideración, valoración y calificación de su oferta. Al respecto, ha dicho el Consejo de Estado:

(...) los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, a quien también le resultan exigibles severas cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, que conducen a deficiencias en la configuración económica de la propuesta que le privan de obtener las utilidades que esperaba alcanzar como resultado de la ejecución del contrato, no pueden escudarse tras el ficticio ropaje de desbalances sobrevenidos en la ecuación financiera del negocio, pues en tal tipo de eventos las circunstancias en cuestión debieron haber sido previstas y planificadas por el contratista como experto y conocedor de las artes o actividades en el marco de las cuales ofrece sus servicios a la entidad estatal.²⁰

De tal manera que las consecuencias económicas adversas, derivadas del incumplimiento por parte del contratista, de la carga que le incumbe, en cuanto a la diligencia, cuidado, rigor y seriedad que le resultan exigibles al momento de

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de marzo de 2015, expediente 33223, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Reiterada en: Sección A, sentencia del 28 de enero de 2016, expediente 34454, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y Sección B, sentencia del 29 de agosto de 2016, expediente 34288, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

estructurar la oferta, no se pueden pretender solventar mediante el mecanismo de alegar, ya sobre la marcha de la ejecución del contrato adjudicado, un supuesto rompimiento del equilibrio económico del mismo. Y si la desatención de tales cargas, “(...) ya en el curso de la ejecución del negocio jurídico, desencadena consecuencias económicamente desfavorables para el contratista, tal circunstancia no podrá ser invocada por este como fundamento de pretensiones resarcitorias dirigidas en contra de la entidad contratante, apoyadas en una pretendida ruptura de la ecuación financiera del contrato”²¹.

Ahora bien, la demandante adujo haber obrado de buena fe cuando presentó su oferta sin consultar los precios del mercado, afirmación frente a la cual resulta necesario recordar que, tal y como lo ha manifestado la jurisprudencia, en materia contractual se les exige a las partes una buena fe objetiva, como comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, por lo que, la sola creencia de estar actuando de acuerdo al ordenamiento jurídico, no enerva los mandatos imperativos de la ley ni justifica su elusión. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sección:

Así que entonces, la buena fe objetiva “que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte”²², y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”, es la fundamental y relevante en materia negocial y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual”,²³ cuestión esta que desde luego también depende del cumplimiento de las solemnidades que la ley exige para la formación del negocio.

Y esto que se viene sosteniendo encuentra un mayor reforzamiento si se tiene en cuenta además que esa buena fe objetiva, que es inherente a todas las fases negociales, supone la integración en cada una de ellas de las normas imperativas correspondientes, tal como claramente se desprende de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, que prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de enero de 2016, expediente 34454, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

²² [78] “En este sentido cfr. M.L. NEME VILLARREAL. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. En Revista de Derecho Privado. No. 17. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 73”.

²³ [79] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836”.

*lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.*²⁴

De acuerdo con lo anterior, no basta con sostener que se actuó de buena fe a la hora de elaborar la oferta omitiendo consultar los precios del mercado, cuando esta actividad era inherente a la labor del proponente, de quien cabía esperar diligencia, cuidado, rigor, seriedad y responsabilidad a la hora de presentar su ofrecimiento a la administración, siendo la consulta de los precios del mercado, lo mínimo que se le puede exigir a quien está interesado en contratar con el Estado y presenta, dentro de un proceso de selección, una oferta para ello.

Por lo tanto, tal afirmación del demandante no desvirtúa el hecho de que, de haberse presentado los sobrecostos alegados en la demanda, que lo afectaron económicamente, los mismos provinieron no del rompimiento del equilibrio económico del contrato por alguna de las causas admitidas para ordenar su restablecimiento, sino de su propia y previa actuación -o mejor, su omisión- que, por lo menos, se puede calificar de descuidada y ligera.

Conclusión

Dado que la pretensión de anulación del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato su fundó en la no inclusión del restablecimiento del equilibrio económico del contrato solicitado por el contratista, y en vista de que esta pretensión no tiene vocación de prosperidad, dadas las anteriores consideraciones, tampoco la tiene la referida pretensión anulatoria, por lo que también será denegada.

En las anteriores condiciones, la Sala estima que la sentencia de primera instancia, que declaró la nulidad del acto administrativo demandado, a través del cual el Ministerio de Defensa Nacional - Fuerza Aérea Colombiana liquidó unilateralmente el contrato de obra No. 308-FAC-2003 y condenó a la entidad demandada a pagar a favor de la parte actora la suma de \$ 375'862.666 por concepto de indemnización, merece ser revocada y en tal sentido se decidirá.

Condena en costas

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 24897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

REVÓCASE la sentencia proferida el 28 de mayo de 2012 por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CUARTO: Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO