

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Niega. Caso contrato de obra para la rehabilitación de vía pública / EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL - No se acreditaron las circunstancias alegadas por el contratista / COSTAS - Condena. Aplicación del test de proporcionalidad / EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL - Oportunidad para su reclamación. Contratista no hizo uso de recursos legales / BUENA FE CONTRACTUAL - Contratista no puede ir en contra de sus propios actos. Negligencia negocial del contratista / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN - Aplicable tanto a la actuación del contratista como de la entidad pública

La Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda por las razones aquí expuestas, esto es, porque no se encuentran acreditadas las circunstancias que dan lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, principalmente, porque no se realizaron las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos alegados como generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad y del principio de buena fe objetiva o contractual, esto es, cuando se suscribieron las adiciones y modificaciones contractuales. Además, porque una buena parte de las situaciones que dieron lugar a las prórrogas son imputables a la contratista y, sin embargo, en cada una de ellas expresamente se acordó que no generarían sobrecostos para la entidad contratante y no cambiarían las condiciones inicialmente pactadas; como también se pactó en las modificaciones que incluyeron mayores cantidades de obra, las cuales resultaron imputables a la contratista, por lo que se constituyeron en un riesgo propio de la actividad que debía ser asumido por ésta última, quien, se insiste, en desarrollo de las reglas que forman parte de la buena fe contractual no puede hoy ir en contra de sus propios actos y acuerdos para pretender por vía judicial obtener un reconocimiento económico adicional al contenido en el contrato, en desmedro de su co-contratante, sobre situaciones frente a las cuales ni siquiera se observó el deber de información y oportunidad de las reclamaciones. Igualmente, porque las situaciones alegadas como desequilibrantes son consecuencia directa del desconocimiento al principio de planeación que era atribuible no solo a la entidad demandada sino también a la contratista, quien tampoco podría en este escenario obtener un provecho de su propia culpa. NOTA DE RELATORÍA: Con aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque. De igual manera, en esta decisión aclaró voto el consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas, a la fecha esta Relatoría no cuenta con el medio magnético ni físico del citado voto disidente. Síntesis del caso. El departamento de Boyacá y la sociedad Ingenieros G F S.A.S suscribieron contrato de obra para el mejoramiento y pavimentación de la vía Maripi – Muzo del departamento de Boyacá el cual generó controversia en relación con el reajuste de precios; en este proceso se solicita la declaración de rompimiento del equilibrio económico – financiero del contrato. Problema jurídico. ¿Existió rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato de obra de conformidad con las circunstancias presentadas en el caso?.

OFERTA - Propuesta: Evaluación minuciosa de las condiciones de viabilidad y oportunidad del negocio / OFERTA - Propuesta. Omisión en evaluación de condiciones por parte del contratista se constituye en actuación con culpa grave / PLIEGO DE CONDICIONES - Oferta. Propuesta / CULPA GRAVE - Negligencia. Falta del deber mínimo de observancia o cuidado como una persona del común / CULPA GRAVE - Contratista: Propia culpa por negligencia en evaluación de su propuesta o viabilidad del negocio / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN - Aplicable tanto a la actuación del contratista como de la entidad pública

En este orden de ideas, el momento de elaborar la propuesta inicial no se trata simplemente de ajustarse a las condiciones del pliego de la licitación como erradamente lo hace ver la demandante, sino que ello implica una evaluación minuciosa de las condiciones de viabilidad y oportunidad del negocio, pues no hacerlo conlleva, además, a incurrir en culpa grave, (...) en los términos del artículo 63 Código Civil (...). Así las cosas, la culpa o negligencia grave es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones, de manera que esta es la clase de culpa que resulta atribuible a los contratistas que, pese a su profesionalismo y calidad de colaboradores de la administración, omiten emplear la diligencia que una persona común hubiera previsto para elaborar las propuestas con las que pretenden vincularse a las entidades estatales. Y como es sabido, a nadie le es dable sacar provecho de su propia culpa. Problema jurídico: ¿El contratista está obligado a evaluar la viabilidad del negocio al momento de realizar la propuesta?.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 63

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Costas: Condena / COSTAS - Condena. Recurso de apelación desfavorable al recurrente / CONDENA EN COSTAS - Eventos regulados por la ley. Vigencia de la ley procesal / CONDENA EN COSTAS - Eventos regulados por la ley: Parte vencida en el proceso en sentencia o recurso desfavorable / CONDENA EN COSTAS - Eventos regulados por la ley: Providencia de segunda instancia que confirma decisión de primera instancia / CONDENA EN COSTAS - Eventos regulados por la ley: Providencia de segunda instancia revoca decisión de primera instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 “salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”. De manera que al acudir a la norma de procedimiento civil, esta es el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), el artículo 365 señala, entre otras, las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella. 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 188 / LE6 1564 DE 2012 - ARTÍCULO 365

CONDENA EN COSTAS - Caso contrato de obra. Recurso de apelación: Niega pretensiones por cuanto no se acreditaron circunstancias de desequilibrio contractual y financiero / TEST DE PROPORCIONALIDAD - Aplicado para el cálculo de condena en costas / COSTAS - Liquidación. Fórmula / CONDENA EN COSTAS - Reconocimiento de agencias en derecho / AGENCIAS EN DERECHO - Liquidación según tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura / AGENCIAS EN DERECHO - Liquidación según criterios de naturaleza, calidad y duración de la gestión

Teniendo en cuenta que para determinar la cuantía de las agencias en derecho deben aplicarse las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura y que si aquellas establecen solamente un mínimo o un máximo, se tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado que litigó, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder al máximo de dichas tarifas, procede la Sala a liquidar las costas a imponer. Así las cosas, se procede a dar aplicación a un test de proporcionalidad para la fijación de las agencias en derecho, el cual tiene una división tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Para los efectos de esta providencia se trata de un test de razonamiento judicial que comporta la conjugación de estos tres escenarios a fin de tasar una condena, de manera que cuando la conducta motivadora de la imposición de las agencias en derecho constituya una vulneración de mayor entidad a la administración de justicia se aplicará la sanción pecuniaria más estricta posible. Así (...). Empero lo anterior no resulta suficiente para determinar la tasación de la condena a imponer, pues, el Acuerdo 2222 de 10 de diciembre de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, concede un margen de movilidad dentro del cual el Juez debe fijar la condena por concepto de agencias en derecho, y que en el caso de procesos en segunda instancia corresponde "Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia". Ahora, atendiendo a los 3 criterios referidos y a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por los accionantes a lo largo del proceso la Sala considera fijar las agencias en derecho en un 1% del monto de las pretensiones de la demanda. **NOTA DE RELATORÍA:** Problema jurídico. En el caso en estudio: ¿Es procedente la aplicación del test de proporcionalidad a fin determinar el quantum de la liquidación de costas en asuntos contractuales?

FUENTE FORMAL: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA ACUERDO 2222 DE 10 DE DICIEMBRE DE 2003

TEST DE PROPORCIONALIDAD - Aplicado para el cálculo de condena en costas / CONDENA EN COSTAS - Aplicación del test de proporcionalidad: Criterios / AGENCIAS EN DERECHO - Liquidación según criterios de naturaleza, calidad y duración de la gestión

Así las cosas, se procede a dar aplicación a un test de proporcionalidad para la fijación de las agencias en derecho, el cual tiene una división tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Para los efectos de esta providencia se trata de un test de razonamiento judicial que comporta la conjugación de estos tres escenarios a fin de tasar una condena, de manera que cuando la conducta motivadora de la imposición de las agencias en derecho constituya una vulneración de mayor entidad a la administración de justicia se aplicará la sanción pecuniaria más estricta posible. Así (...).

CONDENA EN COSTAS - Aplicación del test de proporcionalidad: Criterios / CONDENA EN COSTAS - Criterio de idoneidad: Exigencias fácticas

[Criterio de] Idoneidad (...). Exigencias fácticas (...). Se refiere a la existencia fáctica de una afectación a un interés legítimamente tutelado por el ordenamiento jurídico, que para el caso de las agencias en derecho lo constituye la afectación que se causó al acceso a la administración de justicia. Debe advertirse que la satisfacción del primer supuesto del test se encuentra en la respectiva sentencia que desató la controversia pues, el legislador previó que es en dicha oportunidad en que el Juez puede pronunciarse sobre la imposición o no de la condena en costas.

**CONDENA EN COSTAS - Aplicación del test de proporcionalidad: Criterios /
CONDENA EN COSTAS - Criterio de necesidad: Exigencias fácticas**

[Criterio de] Necesidad (...). Exigencias fácticas (...). El criterio jurídico de la necesidad en el test de proporcionalidad comporta una valoración de grado o intensidad. Comoquiera que al abordar este escenario se parte del supuesto de que existe una afectación, el ejercicio valorativo en esta instancia se contrae a precisar el grado de intensidad de esa afectación, en donde acabe distinguir tres supuestos de intensidad: a) Afectación leve a la administración de justicia. Se configura cuando el fundamento de la afectación supone un simple desconocimiento de aspectos elementales de la formación jurídica. b) Afectación gravísima a la administración de justicia. Se constituye por la realización de reiteradas conductas dilatorias del proceso y que obstruyen el transcurrir del proceso judicial y las diligencias respectivas. c) Afectación gravísima a la administración de justicia, en donde, además del anterior supuesto, se presentan perjuicios a terceros.

**CONDENA EN COSTAS - Aplicación del test de proporcionalidad: Criterios /
CONDENA EN COSTAS - Criterio de proporcionalidad: Exigencias fácticas**

[Criterio de] Proporcionalidad (...). Exigencias fácticas (...). El último supuesto del escenario del test de proporcionalidad es el correspondiente a la tasación que se le debe asignar a cada uno de los niveles de afectación a la administración de justicia, esto es, en los niveles leve, grave y gravísima a la administración de justicia. a) Afectación leve. Esta tasación va hasta el 1,66% del valor de las pretensiones de la demanda. b) Afectación grave. A este escenario corresponderá una condena entre 1,67% y 3,32%. Por último la configuración del tercer supuesto de intensidad, el gravísimo, comportará una tasación que oscilará entre el 3,33% y el 5%.

CONTRATO ESTATAL - Finalidad / CONTRATO ESTATAL - Equilibrio contractual y financiero: Formas de corrección o ajuste / REAJUSTE DE PRECIOS / DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Eventos. Regulación, normatividad aplicable / ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL

Por medio del contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por ende la satisfacción de intereses de carácter general, propósitos estos que finalmente conducen a que la ejecución del objeto contractual sea una de las cuestiones fundamentales en la contratación del estado. Por esta razón que la ley ha previsto diversos mecanismos para conjurar aquellos factores o contingencias que puedan determinar la inejecución de lo pactado, destacándose dentro de ellos el reajuste de los precios convenidos de tal manera que al mantenerse el valor real durante el plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se satisfaga entonces el interés general mediante la prestación del servicio público. Siendo esto así, "la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato

restablecerse". (...) Este deber de restablecimiento del equilibrio económico se encuentra normativamente previsto en los numerales 3º y 8º del artículo 4º, en el numeral 1º del artículo 5º y en el artículo 27, todos de la Ley 80 de 1993. (...) [Ahora bien,] el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista, lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 4 NUMERAL 3 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 4 NUMERAL 8 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 5 NUMERAL 1 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 27

DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Prueba / CARGA PROBATORIA / ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO

Debe recordarse que en todos estos eventos que pueden dar lugar a una alteración del equilibrio económico del contrato es indispensable, para que se abra paso el restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que este es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL - Oportunidad de las reclamaciones en materia contractual: Excepción y salvedades / SUSPENSIÓN, ADICIÓN O PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL - Oportunidad de las reclamaciones y ajustes / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL - Oportunidad de las reclamaciones / BUENA FE CONTRACTUAL - Noción, definición, concepto / BUENA FE CONTRACTUAL - Reclamación extemporánea / DEBIDO PROCESO - Oportunidad para reclamar

Si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes. Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como se sabe, la buena fe contractual, que es la objetiva, "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, 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". En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.

RESTABLECIMIENTO JUDICIAL DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO - Requisitos / BUENA FE CONTRACTUAL - Oportunidad de las reclamaciones

En conclusión, para que proceda el restablecimiento judicial de la ecuación financiera del contrato es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1.- Que la ruptura de la ecuación financiera del contrato (menoscabo) sea de carácter GRAVE. 2. Que a través del medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico. 3. Que la situación fáctica alegada como desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales. 4.- Que se realicen las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad que atiendan al principio de buena fe objetiva o contractual, esto es que, una vez ocurrido tal hecho, se efectúen las solicitudes, reclamaciones o salvedades al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc. 5. Que las solicitudes, reclamaciones o salvedades se realicen de manera específica y concreta en cuanto a su concepto, tiempo y valor. Es decir, no tienen validez las salvedades formuladas en forma general o abstracta.

PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL - Oportunidad / PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL - Deber de información: Obligación de informar a la contraparte sobre la afectación / PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL - Aplicación de la regla venire contra factum proprium non valet. Inadmisibilidad de actuar contra los propios actos hechos con anterioridad / PRINCIPIO DE BUENA FE CONTRACTUAL - Regla sobre actos propios / REGLA PRINCIPIO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET - Actos propios / EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / BUENA FE CONTRACTUAL - Confianza y buena fe objetiva

Esta Subsección ha insistido sobre la buena fe contractual, u objetiva, (...) [la cual] es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, 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 por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento o alteración del equilibrio económico del contrato, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual. Ahora bien, se encuentra dentro de las reglas que integran la buena fe contractual u objetiva la doctrina de los actos propios o “venire contra factum proprium non valet” en cuya virtud se afirma que la conducta anterior de una parte – y la objetiva confianza que tal obrar inspiró en la contraparte- le vincula para sus actos posteriores, de modo tal que le está proscrito violar la legítima expectativa generada.

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN - Alcance / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN - Regulación. Normatividad aplicable / CONTRATACIÓN ESTATAL

El cumplimiento de los deberes y principios que la Constitución y la ley imponen en materia de contratación estatal aseguran la eficacia de la actividad contractual y, por ende, la efectiva satisfacción del interés general. Al respecto, se observa el principio de planeación, cuya ausencia ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Ahora, si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales. Pero además ha de tenerse en cuenta que el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 señala que los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros, como por ejemplo el que estos se decidan a enajenar predios sobre los cuales han de construirse las obras que son o serán materia del contrato. (...) [De esta manera,] la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. [E igualmente, tenemos que,] (...) la planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato. (...) [Así las cosas,] el desconocimiento del principio de planeación podría llevar al contrato a incurrir en una violación a la normatividad que la impone, incluso, a encajarse en un evento de objeto ilícito, cuando se estén contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, veintitrés (23) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00526-01(55855)

Actor: INGENIEROS G.F. S.A.S.

Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Contenido: Descriptor: confirma la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda porque no se acreditaron las circunstancias que dan lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato. **Restrictor:** La pretensión por desequilibrio económico del contrato / Oportunidad de las reclamaciones en materia contractual – Salvedades / El principio de buena fe contractual / Alcance del principio de planeación en la contratación estatal.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora¹ contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 20 de agosto de 2015², que resolvió negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte actora.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El **26 de junio de 2013**³⁴, la **sociedad Ingenieros G F S.A.S** (antes Galvis Fracassi S.A.S), por intermedio de apoderado judicial⁵ presentó demanda en contra del **departamento de Boyacá** para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Que se declare que por causas no imputables al contratista, se rompió el equilibrio económico – financiero del contrato No. 312 de 2007 suscrito entre el departamento de Boyacá y la sociedad Ingenieros G F S.A.S (antes Galvis Fracassi S.A.S), el cual tenía por objeto el *“mejoramiento y pavimentación de la vía Maripi – Muzo, sector Maripi – La Vega del Tigre del PR 0 + 000 al PR 8 + 760 departamento de Boyacá”*.

¹ Fls.188-204 C.P

² Fls.156-182 C.P

³ Fls.4-32 C.1

⁴El día **9 de marzo de 2012** la parte demandante presentó solicitud de audiencia de conciliación extrajudicial, la cual se llevó a cabo el **29 de mayo de 2012** y se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio de la parte demandada, según se observa en la constancia proferida en la fecha en cita por la Procuraduría 122 Judicial II para Asuntos Administrativos. (Fls.172-173 C.2)

⁵ Flsl.1-2 C.1

1.2.- Que se declare que el departamento de Boyacá se encuentra en la obligación de restablecer la ecuación económica del contrato No. 312 de 2007.

1.3.- Que se condene a la entidad demandada al pago de \$1.503.166.632 por concepto de “*reajuste de precios, que tiene su fundamento en la mayor permanencia de la obra, durante los 29 meses y 10 días en que se extendió la ejecución de la obra*”. Suma de dinero que se encuentra discriminada de la siguiente manera:

Concepto	Suma
Valores de las actas de obra ejecutada y recibida en la vigencia fiscal del año 2008 que deberán ser ajustados con los precios de la resolución oficial de precios de la Gobernación de Boyacá del año 2008	\$126.774.412.00
Valores de las actas de obra ejecutada y recibida en el año 2009 que deberán ser ajustadas con precios de la resolución oficial de precios de la Gobernación de Boyacá actualizada con el IPC DANE del año 2008.	\$524.157.608.00
Valor de las actas de obra ejecutada y recibida en el año 2010 que deberán ser ajustadas con precios de la resolución oficial de precios de la Gobernación de Boyacá actualizada con el IPC DANE del año 2009	\$852.234.343.00
TOTAL	\$1.503.166.362.00

1.4.- Que se liquiden y paguen los intereses moratorios causados conforme a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes y reglamentarias.

1.5.- Que se ordene el pago de las costas, agencias en derecho y demás gastos procesales.

2. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así⁶:

El día **30 de julio de 2007** la sociedad Galvis Fracassi S.A.S (hoy sociedad Ingenieros G F S.A.S) suscribió con el departamento de Boyacá el contrato No. 312 de 2007 el cual tenía por objeto “*el mejoramiento y pavimentación de la vía Maripi – Muzo sector Maripi – La Vega del Tigre del PR 0 + 000 al PR 8 + 760*”, un valor de \$6.129.469.152.52 y un plazo de ejecución de 12 meses. ´

Durante el desarrollo de la obra se realizaron las siguientes adiciones al contrato No. 312 de 2007:

Contrato adicional	Fecha	Objeto	
		Adición en término	Adición en valor
No. 1	15 de agosto de 2008	Adición del contrato por el término de 6 meses	
No. 2	2 de febrero de 2009	Adición del contrato por el término de 2 meses	

⁶ Fls.5-12 C.1

Contrato adicional	Fecha	Objeto	
		Adición en término	Adición en valor
No. 3	26 de mayo de 2009	Adición del contrato por el término de 2 meses	
No. 4	27 de julio de 2009	Adición del contrato por el término de 7 meses	\$3.511.333.912.00
No. 5	25 de febrero de 2010	Adición del contrato por el término de 6 meses	
No. 6	27 de agosto de 2010	Adición del contrato por el término de 2 meses	
No. 7	12 de noviembre de 2010	Adición del contrato por el término de 4 meses y 10 días	
TOTAL		29 meses y 10 días	\$3.511.333.912.00

Una vez ejecutada la obra por parte del contratista, el **25 de marzo de 2011** las partes suscribieron el acta de recibo final de obra.

Por último el **28 de julio de 2011** ese suscribió el acta de liquidación bilateral del contrato, en donde se dejó la siguiente constancia:

“el contratista solicita a la Entidad contratante se incluya dentro de la presente liquidación el pago de las mayores cantidades y el reajuste de precios para alcanzar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, cuya ejecución se vio afectada con ocasión a las variaciones de precios que debió soportar el contratista durante la prolongación en tiempo por aumento del plazo de ejecución, inicialmente previsto en 12 meses y prolongado por razones ajenas al contratista a 41 meses, reajuste de precios, calculado en la suma de \$1.503.166.362.00. En atención a que el departamento expresa que no hay lugar al reajuste de precios solicitado. El contratista expresa su inconformidad con tal determinación y manifiesta que acudirá al organismo jurisdiccional competente para reclamar dicho reajuste, estimado en la suma de \$1.503.166.362.00”.

2.1.- Hechos generadores de desequilibrio de la ecuación económica del contrato de obra No. 312 de 2007⁷:

“4.- Al momento de elaborar la oferta para proponer, el contratista tenía que ajustarse a las condiciones del pliego de la licitación, cuyo presupuesto oficial había sido elaborado con precios de la Resolución de precios de la Gobernación de Boyacá del año 2006. Por consiguiente le era materialmente imposible calcular reajustes o incremento de precios para el transcurso del desarrollo de la obra, por cuanto ello hubiera conllevado a que se superara el presupuesto oficial. Es claro, entonces, que el contratista, al momento de proponer y de celebrar el contrato, aceptó y asumió esa condición de realizar la obra con los precios propuestos y sin haber proyectado ajuste de precios para la etapa de construcción; porque además el pliego de condiciones de la licitación advertía que los precios propuestos no serían objeto de ajuste.

5.- Sin embargo es igualmente claro y evidente que esa aceptación y sometimiento del contratista a los precios del año 2006, la debía asumir y así se desprendía de la celebración del contrato, para diseñar y construir la obra en el plazo pactado en el contrato, es decir, 12 meses. Pero como anteriormente se anotó y como está demostrado, el contratista se vio abocado a una prolongación del contrato que superó cualquier estimación, 29 meses y 10 días, es decir, más del doble del plazo inicialmente previsto.

⁷ Fls.8-12 C.1

6.- En la fecha de elaboración de la propuesta el precio por tonelada de asfalto era de \$538.106.00; al cierre de vigencia del año 2006, el precio por tonelada de asfalto estaba a \$651.109.00; es decir registraba un incremento del 21%.

Al 31 de diciembre de 2007 el precio por tonelada de asfalto se vendía en la refinería de Ecopetrol en Barrancabermeja a \$816.908.00; el incremento que tuvo el asfalto en el año 2007 fue de 25.46%.

Al 31 de diciembre del año 2008 el precio por tonelada de asfalto lo fijó Ecopetrol en la suma de \$1.150.405.00; con un incremento del 28.22%.

Durante el año 2009 el precio del asfalto no tuvo incremento.
Y en el año 2010 el incremento del precio del asfalto fue del 10%.

Es decir, entre la fecha de los precios con los cuales se elaboró el presupuesto oficial y se hizo la propuesta y la fecha real de ejecución de los trabajos el incremento del asfalto fue del 74%.

7.- Igualmente durante el mismo periodo, 2007 – 2010, los combustibles de gasolina motor y ACPM tuvieron los siguientes incrementos:

Gasolina motor:	2006	9.23%
	2007	7.03%
	2008	10.96%
	2009	1.84%
	2010	9.782%
ACPM:	2006	17.62%
	2007	11.97%
	2008	11.58%
	2009	2.87%
	2010	12.0%

Alzas éstas que como es obvio repercutieron e incidieron colateralmente en el incremento de los costos de transportes de materiales para la obra.

8.- Estos incrementos del 74% en el asfalto, 38.84% en la gasolina motor y 56.04% en el ACPM, no sólo significaron considerable sobre costo en los gastos que tuvo que asumir el contratista para poder cumplir con la adecuada ejecución de la obra, sino que además superaban cualquier cálculo o tipo de proyección, pues los incrementos fueron exorbitantes.

9.- Conforme a la propuesta económica acogida por el departamento al momento de adjudicar y celebrar el contrato de obra 312 de 2007 como precio y valores unitarios, las partes no pactaron ningún porcentaje sobre el costo directo de la obra, ni ninguna suma fija, por concepto de imprevistos.

10.- La prolongación del plazo de ejecución del contrato conllevó a que el contratista tuviera que soportar los incrementos exorbitantes de precios de insumos representativos como el asfalto y los combustibles (los cuales no tendría que haber soportado si la obra se hubiera ejecutado en el plazo inicialmente previsto) rompiendo el equilibrio económico del contrato, por lo que corresponde al departamento en cumplimiento de lo previsto en los artículos 4, 5, 27 y 68 de la Ley 80 proceder a reconocer dicho desequilibrio y señalar el medio para su restablecimiento mediante reajuste de precios.

11.- En consecuencia habiendo sido ejecutadas a satisfacción de la Entidad contratante todas las obras solicitadas por la Gobernación de Boyacá, en las cantidades, calidades, especificaciones y precios señalados por la Entidad,

contando con el consentimiento previo y escrito de la Gobernación de Boyacá para su respectiva ejecución y encontrándose reconocidas las 7 adiciones en plazo, celebradas sobre el contrato por causas ajenas al contratista, que extendieron su duración de **12 a 41 meses y 10 días en su ejecución**, considero plenamente válida, justa y procedente la solicitud de reconocimiento y pago del reajuste de precios para restablecer el equilibrio económico del contrato, roto para el contratista y sin que tenga este el deber de soportarlo (...).”

3. El trámite procesal

3.1- Admitida la demanda⁸ y noticiado el departamento de Boyacá⁹, el asunto se fijó en lista y el accionado le dio respuesta¹⁰ oponiéndose a las pretensiones formuladas por el demandante por cuanto consideró:

1.- En cuanto al rompimiento del equilibrio financiero del contrato la entidad demandada afirmó:

- Durante la ejecución de las obras y la vigencia del contrato No. 312 de 2007, la firma contratista no informó sobre su estado de desequilibrio económico ni solicitó ajuste alguno de los precios unitarios presentados en su oferta económica.

- En las actas parciales de obra y de liquidación no se relacionaron los costos por los imprevistos que se presentaron durante la ejecución del contrato y los cuales son pagados con recursos públicos.

- Los precios del contrato sufrieron su correspondiente reajuste:

“Es claro que el precio del contrato era determinado por el sistema de precios unitarios, razón por la cual al comparar el valor del mismo \$6.129.459.152.52 frente a lo realmente pagado según acta de liquidación (dineros recibidos por el contratista) \$11.259.546.403.30 sin haberse ordenado, obras adicionales, ni el acaecimiento de fenómenos económicos o de otro orden que hayan justificado ajustes superiores a los de la obra proyectada, razón por la cual no cabe pensar que los eventuales desajustes de los precios pactados no se hayan reajustado, ni mucho menos que haya recibido pérdida del valor adquisitivo como lo alega el demandante. Al contrario un incremento de \$5.130.077.25 sobre el valor del contrato inicial hace pensar de manera palmaria que los precios sufrieron su correspondiente reajuste”.

2.- La Sociedad Galvis Fracassi S.A.S (hoy Ingenieros GF S.A.S) incumplió las obligaciones pactadas en el contrato No. 312 de 2007:

“no resultan razonables las peticiones realizadas por la parte demandante, toda vez que tal y como lo demuestran los documentos allegados por el departamento de Boyacá en la presente contestación, la mora no se presentó nunca por la entidad territorial, más si por el incumplimiento y negligencia del contratista que

⁸ Fls.35 C.1

⁹ Fls.41-42 C.1

¹⁰ Fls.56-70 C.1

para ejecutar un contrato pactado a un año pidió adicionales del plazo en reiteradas ocasiones, que a su vez se convirtieron en 41 meses, más del plazo inicialmente pactado en el contrato No. 315 de 2007.

El incumplimiento y la omisión por parte del contratista se aprecian en los diferentes oficios enviados por el interventor de la obra, los cuales fueron puestos en conocimiento del departamento de Boyacá y del mismo contratista, documentos que se anexan a la presente contestación como material probatorio; por lo que la negligencia del contratista y sus exorbitantes pretensiones económicas en este proceso no pueden ser atribuibles al departamento.

Por último, la entidad demandada propuso como excepciones la inexistencia de la obligación de reconocer el desequilibrio económico, debido a que el departamento de Boyacá dio cumplimiento al contrato No. 312 de 2007 en todos sus aspectos; y la mala fe del demandante en la medida que pretendía obtener un beneficio económico a su favor y en contra del departamento pese a que él incumplió desde un principio a la relación contractual y demoró el inicio de las obras por un término de tres meses.

3- Audiencia inicial, de pruebas y alegatos de conclusión

3.1.- El **29 de enero de 2014** se llevó a cabo la audiencia inicial¹¹, en la que el Tribunal Administrativo de Boyacá saneó el proceso, fijó el litigio y decretó pruebas.

La fijación del litigio se hizo en el siguiente sentido:

“Así las cosas, el debate probatorio girará en torno a establecer a quién es imputable las prórrogas en el plazo de ejecución del contrato 312 de 2007. Igualmente, a determinar las supuestas alzas exorbitantes e imprevisibles en los insumos de la obra contratada (particularmente el asfalto, gasolina motor y ACPM) durante la ejecución del contrato. Se indagará también si los supuestos sobrecostos en los insumos fueron informados a la entidad en la ejecución del contrato. Se indagará también si los supuestos sobrecostos en los insumos fueron informados a la entidad en la ejecución del contrato. Finalmente, si fue pactado o no en el contrato porcentaje o suma alguna por concepto de imprevistos.

En cuanto al problema jurídico objeto del presente proceso, se circunscribe a determinar si se presentó una ruptura del equilibrio económico del contrato 312 de 2007, suscrito entre el departamento de Boyacá y la sociedad Galvis Fracassi S.A.S (hoy ingenieros GF SAS), por los supuestos sobrecostos en que incurrió el contratista, atribuibles al alza en los insumos, por la mayor permanencia en la obra por causas que afirma el demandante no le son imputables”.

3.2.- Los días **26 de febrero**¹² y **6 de marzo de 2014**¹³ se llevó a cabo la audiencia de pruebas en la que se practicaron los medios probatorios decretados anteriormente.

3.3.- Una vez agotada la etapa probatoria, se resolvió correr traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus **alegatos de conclusión** y al Ministerio

¹¹ Fls.80-82 C.1

¹² Fls.92-93 C.1

¹³ Fls.115-116 C.1

Público para que rindiera el concepto de rigor. Oportunidad que fue aprovechada por la Entidad demandada¹⁴ y la parte demandante¹⁵.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Como se anotó *ad initio* de esta providencia, el **20 de agosto de 2015** el Tribunal Administrativo de Boyacá negó las súplicas de la demanda¹⁶.

Como fundamento de su decisión el *A quo* consideró que:

“Se verifica de la propuesta económica presentada por el contratista en la etapa de licitación (Fl. 78-80 cpte, 192-193 tomo I DVD) de los documentos anexos a la liquidación del contrato (Tomo X DVD) y del certificado del Secretario de Infraestructura del departamento de Boyacá (F.33-35 tomo X DVD), que todas las cantidades de obra del contrato 312 de 2007 fueron ejecutadas con los precios unitarios de la oferta económica presentada por el actor, esto es, con los precios de 2007, sin que hayan sido objeto de modificación alguna en los adicionales de plazo o valor del contrato.

Conforme al numeral 2.17 del pliego de licitación (Fl.11 cpte dda), por concepto de impuestos, administración, utilidades e imprevistos, se acordaría un porcentaje máximo del 23% que efectivamente fue el reconocido según se observa en la liquidación del contrato y la certificación sobre cantidades de obra ejecutadas expedido por el Jefe de Secretario de Infraestructura del departamento de Boyacá, y es así que con las adicionales del contrato en valor, el AIU fue de \$2.115.821.060 (tomo X).

Pues bien, se encuentra entonces acreditado i) la mayor permanencia en la obra a la inicialmente pactada y ii) que en los 29 meses y 10 días adicionales del contrato se ejecutaron las cantidades de obra con los precios unitarios pactados a la fecha de suscripción del contrato, 30 de julio de 2007.

*Los anteriores hechos probados no llevan a tener por cierto el sobrecosto en el que el actor dice incurrió por el alza exorbitante de los insumos asfalto, gasolina motor y ACPM, es decir, no acreditan el daño cuya reparación se reclaman en el proceso.
(...)”*

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El 2 de septiembre de 2015, la parte demandante interpuso recurso de apelación¹⁷ en el que solicitó que se revoque la sentencia proferida el 20 de agosto de 2015 por el Tribunal Administrativo de Boyacá por los siguientes motivos:

- Contrario a lo manifestado por el *A quo* el problema jurídico “*iba encaminado a resolver la ruptura económica del contrato No. 312 de 2007 en consideración a los aspectos*

¹⁴ Fls.142-153 C.1

¹⁵ Fls.120-141 C.1

¹⁶ Fls.156-182 C.P

¹⁷ Fls.188-204 C.P

generales de incrementos en los ítems del contrato, pero no necesariamente o simplemente en asfalto, gasolina y ACPM, luego por tanto, mal hace el despacho centrandose exclusivamente en estos tres ítems y desconociendo que la sola mayor permanencia de la obra ejecutada con valores marginalmente diferentes en detrimento del demandante, reconocen un daño antijurídico de obligatorio resarcimiento que propugne por la justicia económica de las partes”.

- Durante la ejecución del contrato No. 312 de 2007 se presentaron las siguientes situaciones extraordinarias, irregulares e imprevisibles que dieron lugar a las adiciones y prorrogas del negocio jurídico en cita y además afectaron el equilibrio económico de éste:

1.- La presencia de un fenómeno climático lluvioso que afectó de manera notable la ejecución del contrato.

2.- Se presentaron mayores cantidades de obra de las que se tenían presupuestadas inicialmente puesto que no se contaban con diseños definitivos de la obra a ejecutar.

3.- Es un hecho notorio que *“de un año al otro los precios unitarios del contrato 312 de 2007 fueron más elevados desde el momento de su acuerdo (firma del contrato) hasta el momento de su entrega (fecha final de ejecución) y en detrimento bastante abrupto, tanto como el que hoy justifica esta demanda. Es evidente que el incremento del IPC afecta a todos los ítems del contrato, hasta el de la mano de obra, el cual siempre tiende a tener un incremento”.*

4.- Durante la ejecución del contrato de obra *“con el paso del tiempo va cambiando sustancialmente los precios con los que inicialmente se concibió la obra, valga decir, no podría compararse el precio de un ítem ofertado en el año 2007 con el valor que tiene en el año 2011; generalmente todos los insumos y materiales requeridos para la ejecución de una obra tienden a sufrir alzas periódicas año tras año”.*

Así las cosas, el apelante consideró que se encuentra demostrada la existencia de un daño antijurídico consistente en el *“rompimiento del equilibrio económico del contrato”.*

Por último, el demandante adujo que existía una falencia probatoria en cuanto a la tasación de los perjuicios causados con el rompimiento del equilibrio económico del contrato No. 312 de 2007, razón por la cual solicitó que estos se liquiden *“en amparo al principio de valoración en equidad”.*

El **7 de octubre de 2015** el Tribunal de Primera Instancia concedió el recurso de apelación¹⁸.

V. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El **1 de diciembre de 2015** esta Corporación admitió el recurso de alzada¹⁹ y **1º de septiembre de 2017**²⁰ se llevó a cabo la audiencia de alegatos de conclusión, en los que intervino la parte actora en el sentido de solicitar que se revoque la sentencia de primera instancia porque la solicitud en los reajustes de los precios se dio por una permanencia mayor en la obra, de manera que el desequilibrio y los mayores costos de los ítems del contrato fueron causados por el paso del tiempo que Incrementó el valor del asfalto, el acpm y las demás cifras del contrato que están probados en el expediente. En este sentido, la sociedad demandante sostuvo que el problema jurídico es la ruptura de la ecuación económica en todos los ítems del contrato y no solo en el asfalto y acpm.

Frente a la mayor permanencia en la obra, argumentó que esta se dio durante 29 meses adicionales y se debió a situaciones extraordinarias y ajenas al contratista, la mayoría causas climáticas y modificaciones técnicas hechas por el contratante.

De esta manera la parte actora consideró que existe un daño antijurídico en la necesidad de comprometer maquinaria, personal, etc., durante el tiempo adicional de suspensiones, adiciones y modificaciones contractuales, pues, el paso del tiempo cambia los precios, de modo que aquellos previstos en 2007 (fecha de suscripción del contrato) no son iguales en 2011 (fecha de finalización del contrato).

Por la otra parte, también rindió sus alegatos de conclusión el apoderado del Departamento de Boyacá, quien solicitó que la sentencia de primera instancia sea confirmada, en la medida que cuando se fijó el litigio la demandante no hizo consideración alguna frente a la fijación efectuada por el A quo.

Adicionalmente, la entidad demandada consideró que las prórrogas que dieron lugar a la mayor permanencia en la obra fueron solicitadas por el contratista y ella, por si sola, no genera responsabilidad alguna. Los supuestos que alega el demandante no fueron permanentes, la ola invernal no fue permanente y no hubo mala planeación del Departamento.

Asimismo, la entidad sostuvo que en el plenario no se identifican cuáles fueron las alzas en los insumos de la obra y que en el evento de existir, tales alzas estaban a cargo del

¹⁸ Fls.206 C.P

¹⁹ Fl.212 C.P

²⁰ Fls.222 C.P

contratista, conforme a la propuesta económica, pues estos son riesgos empresariales y alea inherente que se imputa al contratista quien debía saber dónde se ejecutaría la obra y tener en cuenta las circunstancias del proyecto para presupuestar la obra (2.8 pliego de condiciones).

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El **9 de noviembre de 2016** el Ministerio Público presentó el concepto No. 219/2016²¹ en el que solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia por cuanto consideró:

1.- En el acta de liquidación bilateral del Contrato No. 312 de 2007, el contratista no consignó de manera clara y expresa los hechos que aduce como generadores del desequilibrio económico del negocio jurídico, esto es, los sobrecostos que tuvo que sufragar por asfalto, gasolina motor y ACPM; y la existencia de cambios en los diseños y planos inicialmente pactados.

2.- Si bien durante la ejecución del Contrato No. 312 de 2017 se dieron varias adiciones en el plazo de ejecución, también lo es que ellas surgieron por solicitud expresa del contratista, quien además aceptó que la adición no ocasionaría mayores costos en los precios unitarios del contrato, tal como quedó pactado en los adicionales 1 y 2 suscritos por las partes.

3. Las razones que dieron lugar a las adiciones en el plazo contractual son situaciones contempladas en la evaluación de costos indirectos A.I.U, que incluía un porcentaje correspondiente a *"imprevistos"*, dentro de los cuales cabrían los posibles efectos por épocas de invierno y los supuestos incrementos en los precios de combustible y asfalto.

4. *"No existe prueba idónea que dé cuenta de la ocurrencia cierta del daño, pues no se allegaron los registros contables, ni facturas para demostrar que pagaron los insumos y combustibles a los precios exorbitantes que afirman haber sufragado"*.

Finalmente, la Sala prevé que los argumentos expuestos por el Ministerio Público fueron reiterados en audiencia del 1 de septiembre de 2011, donde el Procurador Delegado solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, porque no encuentran dadas las condiciones para declarar el desequilibrio del contrato.

²¹ Fls.216-226 C.P

En consideración a que el expediente se encuentra al despacho del Consejero Ponente para elaboración del fallo y no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, la Sala de Subsección C procede a desatar la alzada, previas las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: 1. La pretensión por desequilibrio económico del contrato; 2.- Oportunidad de las reclamaciones en materia contractual – Salvedades; 3.- El principio de buena fe contractual; 4. Alcance del principio de planeación en la contratación estatal; 5.- Caso concreto. 6. Condena en costas.

1. La pretensión por desequilibrio económico del contrato

Por medio del contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por ende la satisfacción de intereses de carácter general, propósitos estos que finalmente conducen a que la ejecución del objeto contractual sea una de las cuestiones fundamentales en la contratación del estado.

Por esta razón que la ley ha previsto diversos mecanismos para conjurar aquellos factores o contingencias que puedan determinar la inejecución de lo pactado, destacándose dentro de ellos el reajuste de los precios convenidos de tal manera que al mantenerse el valor real durante el plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se satisfaga entonces el interés general mediante la prestación del servicio público.

Siendo esto así, *“la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse”²².*

Este deber de restablecimiento del equilibrio económico se encuentra normativamente previsto en los numerales 3º y 8º del artículo 4º, en el numeral 1º del artículo 5º y en el artículo 27, todos de la Ley 80 de 1993, que respectivamente preceptúan:

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de junio de 2011, Expediente 18836.

“Artículo 4°. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

(...)

3°. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

(...)

8°. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa, Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

(...)

Artículo 5° De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 30.de esta ley. Los contratistas:

1°. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, 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, Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

(...)

Artículo 27. De la ecuación contractual. En 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.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia que se trate”.

Luego, el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista, lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.

Por otra parte, las circunstancias determinantes de la alteración del equilibrio económico del contrato, como suficientemente se sabe, pueden derivarse de hechos o actos imputables a la Administración o al contratista, como partes del contrato, que configuren un incumplimiento de sus obligaciones, de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes.

Sin embargo, debe recordarse que en todos estos eventos que pueden dar lugar a una alteración del equilibrio económico del contrato es indispensable, para que se abra paso el restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que este es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

2.- Oportunidad de las reclamaciones en materia contractual – Salvedades

Pero además de la prueba de tales hechos es preciso, para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, que el factor de oportunidad no la haga improcedente.

En efecto, tanto el artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo *“los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...”*

Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.

Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como se sabe, la buena fe contractual, que es la objetiva, *“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, 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”* ²³ (Se subraya).

En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).

o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.

Esta postura es de vieja data en la Sección Tercera del Consejo de Estado y baste para confirmar lo dicho traer a cuento el siguiente aparte de la sentencia proferida el 23 de junio de 1992, Exp. 6032:

“La anterior manifestación, sin embargo, no encuentra pleno respaldo en el proceso, porque lo cierto es que si hubo suspensiones de las obras, atrasos, de moras, que en últimas condujeron a la prolongación del término contractual inicialmente señalado, no todo obedeció a la voluntad exclusiva de la entidad contratante, sino que hubo acuerdo entre las partes para hacerlo, como se desprende de las actas de suspensión de obra visibles a folios 63 y 64 del Anexo No. 1, suscrito por los interventores, Auditor General y el contratista; o bien de las obras adicionales contratadas, las cuales fueron consignadas en los documentos “otro sí” que reposan en los folios 50 a 60 del Anexo No. 1, suscritos también por el contratista; así mismo, obran en autos las solicitudes de prórroga del actor y los plazos concedidos no sólo en atención a esas peticiones, sino para que entregara la obra contratada en estado de correcta utilización.

No encuentra la Sala razonable que el contratista después de finalizado el contrato, por entrega total de la obra, pretenda censurar a la administración por prolongaciones en el plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con las mismas y en parte fue causante de aquellas. En ningún momento el contratista impugnó tales prórrogas y, si lo hizo, de ello no hay demostración alguna en el proceso. En cambio, si se infiere que con las prórrogas y ampliaciones las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron, todo con el ánimo de obtener la ejecución del objeto contractual y de cumplir a cabalidad las obligaciones contractualmente adquiridas. De estas apreciaciones concluye la Sala que no hay lugar a aceptar el cumplimiento respecto del término del contrato planteado por el actor...” (Resaltado propio).

Dicha postura fue retomada posteriormente por la Subsección B de la Sección Tercera de ésta Corporación al señalar que:

“Así las cosas, es menester puntualizar los efectos jurídicos que en relación con reclamaciones pendientes tienen los negocios jurídicos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensiones suscritos por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad para adaptar el contrato a las exigencias que sobrevengan o sobre el reconocimiento debido de las prestaciones cumplidas, en el sentido de que no proceden reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos.

Esta Sección en sentencia de 23 de julio de 1992, rechazó una reclamación de la contratista después de finalizado el contrato por prolongaciones del plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con ellas, puesto que se entiende que mediante estas prórrogas las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron para la debida ejecución del contrato
(...)

Igualmente, en sentencia de 22 de noviembre de 2001, utilizando este criterio como adicional a la falta de prueba de los mayores sobrecostos, indicó que cuando se suscribe un contrato modificadorio que cambia el plazo original dejando las

demás cláusulas del contrato incólumes (entre las mismas el precio), no pueden salir avante las pretensiones de la contratista²⁴:

*“No se probó procesalmente que BENHUR, dentro del término de ejecución del contrato incurrió en **sobrecostos superiores a los reconocidos por CEDENAR. Además la Sala destaca que BENHUR en ejercicio de su autonomía de la voluntad suscribió contratos adicionales de plazo en los cuales luego de la modificación de la cláusula original de PLAZO, convino con CEDENAR que las demás cláusulas del contrato, entre ellas el precio, permanecían incólumes”** (subraya la sala).*

No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negóciales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato...

[...] Por eso, durante el desarrollo de un contrato como el de obra, en el que pueden sobrevenir una serie de situaciones, hechos y circunstancias que impliquen adecuarlo a las nuevas exigencias y necesidades en interés público que se presenten y que inciden en las condiciones iniciales o en su precio, originados en cambios en las especificaciones, incorporación de nuevos ítems de obra, obras adicionales o nuevas, mayores costos no atribuibles al contratista que deban ser reconocidos y revisión o reajuste de precios no previstos, entre otros, la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificatorio o adicional. Igualmente, cuando las partes determinen suspender el contrato deben definir las contraprestaciones económicas que para ellas represente esa situación, con el fin de precaver reclamaciones y la negativa al reconocimiento por parte de la entidad contratante, dado que en silencio de las partes ha de entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad.

Con mayor razón legal se genera este efecto jurídico, tratándose de posibles reclamos en materia de desequilibrios económicos del contrato al momento de convenir las condiciones del contrato modificatorio o adicional, en tanto el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que si la igualdad o equivalencia financiera se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, “...las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”, suscribiendo para tales efectos “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...”

Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de noviembre de 2001, Expediente. 13356... (La cita es del texto citado).

actos, o sea “venire contra factum proprium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.”²⁵

La Subsección C de la Sección tercera de ésta Corporación también acoge dicha posición al señalar:

“Pues bien, la Sala entiende que el término adicional no pudo causar una mayor permanencia en la obra imputable a la entidad, por varias razones:

En primer lugar, porque este lapso fue objeto de un contrato donde las partes expresaron su voluntad sobre las condiciones en que se continuaría ejecutando la obra, de manera que siempre que se suscribe un contrato adicional la voluntad de las partes retorna a una posición de reequilibrio de las condiciones del nuevo negocio –como cuando se suscribió el contrato inicial-, porque tanto contratante como contratista tienen la posibilidad de suscribirlo o de abstenerse de hacerlo, y si ocurre lo primero, a continuación pueden establecer las nuevas condiciones del negocio.

(...)

Esto significa que es perfectamente posible modificar, de común acuerdo, en los contratos adicionales, los precios unitarios o globales del contrato a celebrar, bien para reducirlos o para incrementarlos, definición que cada parte valorará y seguramente concertará en función de los precios del mercado del momento. Claro está que si desde el negocio inicial el contratista se comprometió en alguna de sus cláusulas a mantener los precios, en caso de que se adicione el contrato, entonces la libertad de pacto se habrá empeñado desde esa ocasión, y a ella se atenderá la parte comprometida. En este mismo sentido ya ha expresado esta Sala que:

“... En este sentido, tampoco es aceptable, como lo afirma el actor, que por tratarse de un contrato adicional los precios unitarios debían ser los mismos del contrato inicial, so pretexto de que este aspecto era inmodificable.

“Este criterio es equivocado, porque bien pudo el contratista asumir una de estas dos conductas, al momento de celebrar los negocios: i) suscribirlos, pero con precios de mercado adecuados, es decir, renegociando el valor unitario de los ítems –en otras palabras, debió pedir la revisión del precio-, o ii) desistir del negocio, porque no satisfacía su pretensión económica, teniendo en cuenta que estaba vigente un impuesto que gravaba la actividad adicional que pretendía ejecutar.

“Es así como, si acaso se le causó un daño al contratista se trata de una conducta imputable a él, porque suscribió varios negocios jurídicos pudiendo desistir de ellos, cuando no satisfacían su pretensión económica”²⁶.

“Por tanto, es inadmisibles que ahora, luego de celebrados y ejecutados los negocios jurídicos, en vigencia de leyes que claramente señalaban las condiciones tributarias del momento, solicite una indemnización por hechos imputables a la gestión propia, pues de haber sido precavido no se habrían generado las consecuencias que dice padecer.”

(...)

En estos términos, el actor pudo acordar nuevos precios, pero no lo hizo; y mal puede venir ahora, ante el juez, a pedirle que lo haga mediante una sentencia, cuando debió negociar en su momento este aspecto. Otra cosa sería que se alegara la materialización de la teoría de la imprevisión, por cuya virtud la

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, Expediente 18080.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 octubre de 2003, Exp. 17.213 (La cita es del texto citado).

alteración de las condiciones de un negocio, ya celebrado, por circunstancias posteriores y ajenas a las partes, se hace difícil en su ejecución y cumplimiento, rompiendo la igualdad y el equilibrio del negocio. Pero este no es el caso, porque sin duda la suscripción de los dos contratos adicionales -tanto el de valor como el de plazo-, estaba precedido de las circunstancias que verdaderamente lo originaron, y fue sobre esas razones -conocidas por el contratista- que se pactó lo que consta en esos dos documentos.

En este horizonte, cada parte del negocio se hace responsable de aquello a lo que se compromete, y así mismo, mientras nuevas circunstancias no alteren el acuerdo, se considera que contiene en sí su propio reequilibrio financiero²⁷.

En conclusión, para que proceda el restablecimiento judicial de la ecuación financiera del contrato es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1.- Que la ruptura de la ecuación financiera del contrato (menoscabo) sea de carácter GRAVE.

2. Que a través del medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico.

3. Que la situación fáctica alegada como desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

4.- Que se realicen las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad que atiendan al principio de buena fe objetiva o contractual, esto es que, una vez ocurrido tal hecho, se efectúen las solicitudes, reclamaciones o salvedades al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc.

5. Que las solicitudes, reclamaciones o salvedades se realicen de manera específica y concreta en cuanto a su concepto, tiempo y valor. Es decir, no tienen validez las salvedades formuladas en forma general o abstracta.

3.- El principio de buena fe contractual²⁸, el deber de información y la regla del “venire contra factum proprium non valet”.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 22087. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente 27648

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencias de 20 de octubre de 2014, Exp. 48.061, de 26 de noviembre de 2015, Exp. 54.563 M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Esta Subsección ha insistido sobre la buena fe contractual, u objetiva, en los siguientes términos:

“De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.”²⁹

En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a 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.”

Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa”³⁰ en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.³¹

Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.

Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, “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, 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

²⁹ Aunque el artículo 1603 sólo expresa que “deberán ejecutarse”, el entendimiento es que el deber de buena fe objetiva comprende todo el iter contractual. (La cita es del texto citado).

³⁰ Sobre el desacierto en que incurrió el legislador colombiano al introducir en esta norma la expresión “exenta de culpa” vid.: M. L. NEME VILLARREAL. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. En: Revista de Derecho Privado No. 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; M. L. NEME VILLARREAL. La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio. En: Revista de Derecho Privado No. 18, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010. (La cita es del texto citado).

³¹ Sobre el principio de planeación ésta subsección expresó: “Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22471. (La cita es del texto citado).

propia”,³² es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho”³³ o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.”³⁴

De manera que el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, 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 propia³⁵.

Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento o alteración del equilibrio económico del contrato, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual³⁶.

Ahora bien, se encuentra dentro de las reglas que integran la buena fe contractual u objetiva la doctrina de los actos propios o “*venire contra factum proprium non valet*”³⁷ en cuya virtud se afirma que la conducta anterior de una parte – y la objetiva confianza que tal obrar inspiró en la contraparte- le vincula para sus actos posteriores, de modo tal que le está proscrito violar la legítima expectativa generada³⁸⁻³⁹.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).

³³ *Ibidem*. (La cita es del texto citado).

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 22043. (La cita es del texto citado).

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).

³⁶ Esta postura se encuentra consolidada de vieja data en la Sección Tercera del Consejo de Estado. Al respecto ver: sentencia del 23 de junio de 1992, Exp. 6032; Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, Expediente 18080; Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 22087. y sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente 27648.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 10 de diciembre de 2015. Exp.: 53165

³⁸ “Esta regla posee una estrecha relación con la fuerza vinculante de los acuerdos, con el reproche de toda conducta dolosa, con la necesaria consideración de los intereses de ambas partes dentro de la relación contractual y con la exigencia de proteger la confianza generada en la

En este sentido, la doctrina ha considerado que este reproche radica en el hecho de alzarse contra la buena fe objetiva, ya que *“cuando hablamos del deber de respetar la confianza generada en la contraparte, resulta evidente que la confianza es consecuencia de un deber objetivo, el deber de coherencia, que se traduce en deber de preservar la confianza suscitada con las propias actuaciones u omisiones”*⁴⁰, nótese cómo este deber de coherencia refulge también desde la perspectiva discursiva, como arriba se vio, de modo tal que podría decirse, sin incurrir en equivoco alguno, que quien obra en sentido contrario a su actuar antecedente quebranta en un sentido relevante una regla fundamental del discurso y, con ello, la propia esencia de la argumentación jurídica (en este caso judicial), es por tal razón que se trata de una doctrina cuyo radio de acción supera, en creces, el ámbito negocial siendo evidente su observancia también en el contexto de las actuaciones administrativas y judiciales⁴¹ y, en general, en todo los escenarios de discusión jurídica.

En este sentido, la doctrina en apoyo de la jurisprudencia ha manifestado:

“Particular interés ha suscrito tanto para la doctrina⁴², como para la jurisprudencia colombiana y la jurisdicción arbitral, la regla que prohíbe el venire contra factum proprium, teoría de los actos propios o protección de la confianza legítima, que como manifestación del principio de buena fe, ha procedido a aplicar en materia contractual⁴³ en diversas oportunidades:

contraparte, presupuestos estos que, como hemos visto, constituyen los elementos estructurales de la prohibición de venire contra factum proprium” NEME VILLARREAL, Martha Lucía. La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 311.

³⁹ “6.5.3. Una de las facetas del principio de buena fe es el respeto por el acto propio, cuya teoría tiene origen en el *“Venire contra pactum proprium nellí conceditur”*. **Su fundamento radica en la confianza que un sujeto principal ha despertado en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada por ese sujeto principal. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria del sujeto principal.**” (Resaltado propio). Corte Constitucional, sentencia T-122 de 2015.

⁴⁰ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. En: Revista de Derecho Privado, No. 17, 2009, p. 67.

⁴¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-475 de 1992, C-836 de 2001, entre otras. Precisamente en esta última se dijo: “10. (...) En efecto, **si esta máxima [la del venire contra factum proprium] se predica de la actividad del Estado en general, y se extiende también a las acciones de los particulares, donde –en principio- la autonomía privada prima sobre el deber de coherencia, no existe un principio de razón suficiente por el cual un comportamiento semejante no sea exigible también a la actividad judicial.**” (Resaltado propio).

⁴² M.L NEME VILLARREAL. *“Venire contra factum proprium*, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe”. En AA.VV *Estudios de derecho civil, Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de Rectoría 1963-2003* III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 11 a 56.

⁴³ Al respecto cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-478 SDE 1998 M.P.: Alejandro Martínez caballero, REITERADA EN SENTENCIA c – 836 del 9 de agosto de 2001 en las que la Corte sostiene: “El principio constitucional de buena fe, que se manifiesta en la protección de la confianza legítima, garantiza a las personas que ni el estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente, tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación (...) según la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*”.

Así lo ha hecho al señalar que la conducta de una parte que entiende surtidos los requisitos⁴⁴ para obligarse en una relación contractual la vincula, imposibilitándole defraudar la confianza generada en la contraparte al pretender posteriormente desconocer el contrato alegando la omisión de alguno de tales requisitos; al igual que al manifestar que la voluntad de renunciar a la exigencia de la prestación en los términos inicialmente convenidos, impide que posteriormente se pretenda pedir su cumplimiento en tales términos⁴⁵.

Asimismo, el mencionado deber de coherencia hace exigible la vinculación a la palabra empeñada, con independencia de la observancia de las formalidades, cuando la actuación precedente de una de las partes así lo ha admitido⁴⁶; al igual que el comportamiento de una de las partes en la etapa pre – contractual la vincula, obligándola a preservar la confianza generada en la contraparte⁴⁷; además de que el retardo desleal en el ejercicio de un derecho vincula y en cuanto tal, obliga a preservar la confianza justificada de la contraparte en que el titular no hará uso de tal derecho⁴⁸ (...)."

En fin, constituyen aplicaciones de la prohibición de obrar contra los actos propios, la prohibición de alteración unilateral de los términos contractuales causada por alguna de las partes⁴⁹ (...)."

4.- Alcance del principio de planeación en la contratación estatal⁵⁰:

⁴⁴ La Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas. Sentencia del 28 de febrero de 2000. MP.: FABIO MORÓN DÍAZ se pronunció sobre la revisión de la tutela instaurada por un estudiante contra una caja de compensación familiar, que habiendo otorgado una beca al accionante por razón de méritos académicos, pretende dar por terminado el contrato con el becario, con base en un concepto rendido por la Superintendencia de Subsidio Familiar en el sentido de que a los becados sólo se les podrá pagar sus estudios si estos son beneficiarios directos del subsidio familiar de la entidad que otorga la beca, situación en la que no se encontraba dicha estudiante.

⁴⁵ Laudo arbitral del 24 de octubre de 2002, del Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, constituido por los árbitros principales Saúl Sotomonte Sotomonte, Gaspar Caballero Sierra y Francisco Reyes Villamizar.

⁴⁶ Laudo arbitral del Tribunal de Arbitramento de Multiphone S.A contra Bellsouth Colombia S.A del 17 de marzo de 2004, proferido por el Tribunal integrado por Gilberto Peña Castrillón, presidente, Marcela Castro de Cifuentes y Ernesto Rengifo García; en el mismo sentido el laudo arbitral del 26 de enero de 2001, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido por Nicolás Gamboa Morales, Jorge Cubides Camacho y Luis Fernando Salazar López para dirimir, en derecho, las diferencias presentadas entre la convocante, una sociedad constructora, la Sociedad Proctor Ltda., y la Caja de Compensación Familiar Comcaja.

⁴⁷ Consejo de Estado. Providencia del 10 de septiembre de 1992, exp. 6822. C.P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA. Actor: Suramericana de Construcciones S.A., contra el Instituto de Crédito Territorial (hoy Inurbe).

⁴⁸ Laudo arbitral del 10 de julio de 2000, proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido por Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Jorge Enrique Ibáñez Najjar y Julio César Uribe Acosta para resolver controversias surgidas entre la sociedad demandante, Occidente y Caribe Celular S.A., Ocel S.A y la Nación – Ministerio de Comunicaciones.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. Sentencia del 23 de agosto de 2004, exp. T - 816848. M.P.: Jaime Araujo Rentería, donde se sostiene que el principio de buena fe "incorpora la doctrina que proscribe el *venire contra factum proprium*, según la cual a nadie le es permitido ir el contra de sus propios actos. La buena fe implica la obligación de mantener en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento, la credibilidad de las partes y el efecto vinculante de los actos. para la corte no hay duda de que la alteración unilateral de los términos contractuales causada por alguna de las partes, desconoce el principio de buena fe y el respeto a los actos propios, es decir el desconocimiento de la máxima según la cual a nadie le es permitido venir en contra de sus propios actos, cuando no obedece a una conducta legítima".

⁵⁰ Al respecto ver: Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 28 de marzo de 2012, Exp. 22.471; 24 de abril de 2013, Exp. 27.315; 13 de junio de 2013, Exp. 26637 y 26 de febrero de 2014, Exp. 26.551. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

El cumplimiento de los deberes y principios que la Constitución y la ley imponen en materia de contratación estatal aseguran la eficacia de la actividad contractual y, por ende, la efectiva satisfacción del interés general.

Al respecto, se observa el principio de planeación, cuya ausencia ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales.

En efecto, los contratos del Estado “*deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad,*”⁵¹ razón por la cual en todos ellos se impone el deber de observar el principio de planeación.

Para cumplir con el principio de planeación deben observarse “*parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia*”⁵² puesto que así se aseguran la prestación de los servicios públicos y la preservación de los recursos del Estado.

Ahora, si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.

Pero además ha de tenerse en cuenta que el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993 señala que los particulares “*tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las*

⁵¹ J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación estatal*. En *Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma contractual*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 42.

⁵² *Ibidem*, p. 43.

entidades estatales que⁵³ colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros, como por ejemplo el que estos se decidan a enajenar predios sobre los cuales han de construirse las obras que son o serán materia del contrato⁵⁴.

Así, por ejemplo, si una entidad estatal celebra un contrato para ejecutar una obra pública en un corto lapso de tiempo (habida cuenta de la magnitud y complejidad de la obra) y al momento de la celebración del negocio ni siquiera ha entrado en negociaciones con los propietarios de los terrenos sobre los cuales la obra se va a hacer, ni ha adelantado diligencia alguna para su adquisición, o sólo se ha adquirido una parte de ellos, es obvio que en ese contrato se faltó al principio de planeación de tal manera que desde ese instante ya es evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse en el tiempo acordado y por consiguiente infringen la ley no sólo la entidad estatal sino también el contratista al celebrar un contrato con serias fallas de planeación puesto que todo indica que el objeto contractual no podrá realizarse o será muy difícil realizarlo en el tiempo prefijado.

En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de

⁵³ El aparte omitido de este inciso fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

⁵⁴ En este entendido, no podrán pretender los contratistas, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos.

oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.

La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato. Es aquí, en este período, donde el principio de legalidad se manifiesta de manera más intensa por actuar en forma de vinculación positiva a la ley, es decir, porque las exigencias del legislador son especialmente expresas y claras para el operador⁵⁵.

“...Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales.”^{56 57 58}

⁵⁵ J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública*. En *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma contractual*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 42-43.

⁵⁶ J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. Tesis Doctoral. *El contrato de concesión...* Op. cit.

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 14287. “[...] [l]as entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar. “1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. 2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. 3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.”

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de junio de 2008. Rad. 15001233100019880843101- 8031. “[...] Así pues, además de los principios de transparencia, economía, celeridad y selección objetiva, consustanciales al procedimiento contractual, debe darse cuenta de otro que si bien no cuenta con consagración expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, sin lugar a la menor hesitación forma parte de toda actuación estatal conducente a la selección de un contratista y a la celebración y ejecución del correspondiente vínculo negocial: el de planeación, como herramienta empleada en los estados sociales de derecho con el propósito de procurar la materialización de los fines del Estado o, en otros términos, de alcanzar la satisfacción de los intereses generales y la garantía de la efectividad

Dentro de esos parámetros se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las condiciones del contrato y las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista.

Ahora, en lo atinente al parámetro de oportunidad es bien sabido que este tiene relación con el momento en que ha de celebrarse el contrato y con la duración de su ejecución ya que, en cuanto a lo primero, debe procederse a la celebración del negocio cuando todos los factores jurídicos, económicos, técnicos, materiales, operativos, temporales, climáticos, etc., que sean previsibles, aseguren la mayor probabilidad de que la ejecución del objeto contractual se llevará a feliz término, se entregará en óptimas condiciones y, en cuanto a lo segundo, involucra la inmediata y eficiente prestación del servicio público y el precio real de las cosas o servicios que serán objeto del contrato.

Pero además ese parámetro de oportunidad, entre otros fines, persigue establecer la duración del objeto contractual pues esta definición no sólo resulta trascendente para efectos de la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista⁵⁹.

de los derechos e intereses de los administrados; planeación asociada a la concepción general de la misma como instrumento de fijación tanto de objetivos y metas, como de los medios o procedimientos para alcanzarlos; como forma de programar la distribución de los gastos estatales en función de los ingresos que se pretende recaudar, de suerte que los mismos se reflejen en el presupuesto general de la Nación y en el de cada entidad estatal. En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado. De hecho, aún cuando, como se indicó, el multicitado principio de planeación carece de consagración normativa expresa en el Derecho positivo colombiano, su contenido y alcances bien pueden delinarse como consecuencia de la hermenéutica armónica de un conjunto de disposiciones de rango tanto constitucional –artículos 2, 209, 339 a 353 de la Carta Política– como legal –artículos 25 (numerales 6, 7 y 11 a 14) y 26 (numeral 3) de la Ley 80 de 1993–, con remarcado acento tras la expresa catalogación de la contratación estatal como mecanismo de promoción del desarrollo por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2.007 [...]

⁵⁹ Sentencia 22.471 de 28 de marzo de 2012, en cuento al deber de selección objetiva, como expresión del principio de planeación, manifestó “Recuérdese que el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993, vigente por la época en que se celebraron los contratos que dieron lugar a este debate procesal, consagraba el principio de selección objetiva, que hoy también se prevé en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, al disponer que “la selección de contratistas será objetiva”, que “es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a

Y es que la definición de la duración del objeto contractual, y ya considerando el asunto desde el punto de vista del valor, permite fijar el costo real del negocio proyectado, es decir el valor de las cosas o servicios que se van a contratar teniendo en cuenta, entre otras variables, la fluctuación de precios para que la Administración no pague ni más ni menos de lo que verdaderamente vale la ejecución del objeto contractual y de esta manera ajustarse a la conmutatividad objetiva que de acuerdo con el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 debe imperar en el contrato estatal.

De otro lado, el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva pues tiene la obligación de escoger la propuesta más favorable y la escogencia de esta también depende en últimas, como ya se vio, de la observancia del principio de planeación.

Entonces, el desconocimiento del principio de planeación podría llevar al contrato a incurrir en una violación a la normatividad que la impone, incluso, a encajarse en un evento de objeto ilícito, cuando se estén contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos.

los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”, que “ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido” y que “el administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.”

Destáquese entonces que dentro de los factores que inciden en la selección objetiva está el del precio, factor este que de todo lo que se ha expresado se deduce que es el del mercado, esto es aquel que tienen los bienes o servicios en un momento y lugar determinado habida cuenta de su cantidad, calidad, especialidad, etc.

Corolario de lo que hasta aquí se ha expresado es que si, por ejemplo, una entidad estatal celebra un contrato en el que resulta que el precio acordado es el doble del que realmente tienen en el mercado las cosas que constituyen su objeto, en ese contrato no se cumplió con el deber de selección objetiva pues indudablemente el ofrecimiento que se hizo en la respectiva oferta no era el más favorable para la entidad.

Y este incumplimiento del deber de selección objetiva también indica que no se cumplió con el deber de planeación pues de haberlo hecho, el negocio se hubiera diseñado de tal manera que la contraprestación por las cosas ofrecidas sería igual a valor que ellas tenían en el mercado en ese momento y en ese lugar”.

Pero, por supuesto, no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal implica una violación a la normatividad que la impone, ya que las falencias que determinan una transgresión normativa, son aquellas que desde el momento de la celebración del contrato hacen evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros, o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente un posible incumplimiento de las partes contratantes, un detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo o diferentes situaciones que afecten la ejecución normal del objeto contractual.

Así, también, puede concluirse que no en todos aquellos casos en que, por ejemplo, la entidad estatal no ha adquirido el derecho de dominio sobre los predios sobre los que se ha de construir una obra, se viola el principio de planeación y por ende se vicia el contrato porque, de un lado, puede suceder que la adquisición ulterior sea precisamente un elemento de la estructuración y planeación del negocio que no impide ni retarda la ejecución del objeto contractual, o, de otro lado, que esa falta de adquisición del derecho de dominio de los predios no tenga incidencia en la ejecución de la obra, es decir que no sea un factor determinante de la inejecución del contrato o del excesivo retardo en su ejecución.

5.- Caso concreto

En síntesis, la Sala observa que la sociedad contratista hizo consistir el desequilibrio económico que motivó la demanda, en los sobrecostos en que tuvo que incurrir, derivados de la mayor permanencia en la obra (29 meses 10 días), consistentes, principalmente, en los mayores precios del asfalto y los combustibles.

Dado esto, la Sala observa que el A quo delimitó el litigio a resolver, en el siguiente interrogante:

“En cuanto al problema jurídico objeto del presente proceso, se circunscribe a determinar si se presentó una ruptura del equilibrio económico del contrato 312 de 2007, suscrito entre el departamento de Boyacá y la sociedad Galvis Fracassi S.A.S (hoy ingenieros GF SAS), por los supuestos sobrecostos en que incurrió el contratista, atribuibles al alza en los insumos, por la mayor permanencia en la obra por causas que afirma el demandante no le son imputables”.

No obstante, en su escrito de apelación la demandante aduce que la mayor permanencia en la obra conllevó no sólo los mayores costos en los precios del asfalto y los combustibles, sino que también causó mayores cantidades de obra.

A la sazón la Sala precisa que las pretensiones de la demanda van dirigidas a que se declare el rompimiento del equilibrio económico – financiero del contrato No. 312 de 2007 y que se condene a la entidad demandada al pago de \$1.503.166.632 por concepto de *“reajuste de precios, que tiene su fundamento en la mayor permanencia de la obra, durante los 29 meses y 10 días en que se extendió la ejecución de la obra”*. Suma de dinero que la demanda discriminó de la siguiente manera:

Concepto	Suma
Valores de las actas de obra ejecutada y recibida en la vigencia fiscal del año 2008 que deberán ser ajustados con los precios de la resolución oficial de precios de la Gobernación de Boyacá del año 2008	\$126.774.412.00
Valores de las actas de obra ejecutada y recibida en el año 2009 que deberán ser ajustadas con precios de la resolución oficial de precios de la Gobernación de Boyacá actualizada con el IPC DANE del año 2008.	\$524.157.608.00
Valor de las actas de obra ejecutada y recibida en el año 2010 que deberán ser ajustadas con precios de la resolución oficial de precios de la Gobernación de Boyacá actualizada con el IPC DANE del año 2009	\$852.234.343.00
TOTAL	\$1.503.166.362.00

En este sentido la Sala procederá a revisar si en el caso de autos se encuentra probado el desequilibrio económico alegado por la demandante, si dicho desequilibrio se ajusta a los requerimientos que legal y jurisprudencialmente exige su reconocimiento y, en caso afirmativo, procederá a la correspondiente liquidación; todo ello conforme se encuentre probado en el plenario.

Así las cosas, dentro del plenario se encuentra acreditado que para el *“mejoramiento y pavimentación de la vía Maripi – Muzo en la provincia de occidente del departamento de Boyacá, por un valor total de \$25.244.356.822.41”*, el departamento de Boyacá expidió los correspondientes certificados de registro⁶⁰ y viabilidad presupuestal de fechas **14 de marzo de 2007** y **15 de marzo de 2007**⁶¹ (respectivamente); y se elaboraron los estudios de conveniencia y oportunidad⁶².

De igual forma, consta en el plenario que en el mes de **junio de 2007** el Departamento de Boyacá publicó el correspondiente pliego de condiciones - licitación pública No. 020 – 07⁶³ para el *“mejoramiento y pavimentación de la vía Maripi – Muzo, sector Maripi – La Vega del Tigre del PR0 + 000 al PR8 + 760, departamento de Boyacá”*; en un plazo de 12 meses: *“hasta tres (3) meses para la etapa de estudios, diseños, montaje de infraestructura básica y hasta nueve (9) meses para la etapa de construcción”*.

⁶⁰ Fls.1 del Tomo I. (CD 2)

⁶¹ Fls.2 del Tomo I. (CD 2)

⁶² Fls.3 – 9 del Tomo I (CD 2)

⁶³ Fls.1- 31 C.3 y 13 – 43 del Tomo I (CD 2)

Para la ejecución del contrato se previó una disponibilidad presupuestal de \$22.306.218.902,67 y presupuesto oficial de \$6.185.046.344.00 “(valor que incluye el precio de los estudios y diseños, precio básico de la obra, impuestos, administración, utilidades, imprevistos, IVA y en general todos los gastos que ocasione la ejecución del contrato) AIU máximo del 23%”.

Ahora bien, con relación a las condiciones previas se observa que para la adquisición del pliego, los proponentes debían realizar la “visita obligatoria al sitio de la obra” y respecto a las cantidades de obra se estableció: “Las cantidades de obra por ejecutar son las que se presentan en el cuadro correspondiente, estas son aproximadas; por lo tanto, se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra, tales variaciones no viciarán ni invalidarán el contrato producto de ésta licitación pública. El contratista está obligado a ejecutar las mayores cantidades de obra que resulten, a los mismos precios de la propuesta, salvo que se presenten circunstancias imprevisibles que afecten el equilibrio económico del contrato”

Asimismo, se prevé que la ejecución del contrato comprendía la realización de los estudios y diseños, los cuales “deben estar orientados a cumplir con el objeto del contrato y será responsabilidad del contratista adelantar los diferentes estudios de topografía, geología, geotecnia, hidrología, hidráulica, diseño geométrico y diseño de estructuras especiales necesarias y estudios ambientales de acuerdo a todos los requerimientos exigidos por Corpoboyaca para esta clase de obras (...)”

Los diseños que se elaboren deberán responder a las cantidades y presupuesto previstos en la licitación. El contratista deberá elaborar los estudios y diseños y/o complementar los diseños durante la construcción si se considera necesario, para la ejecución de las obras de reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación incluidas en el proyecto, teniendo en cuenta que estos diseños siempre serán de responsabilidad exclusiva del contratista (...) El contratista será el único y exclusivo responsable de los diseños definitivos y de cualquier error contenido en los mismos. En consecuencia, deberá adecuar y/o modificar en cualquier momento de la ejecución del contrato los diseños definitivos presentados, a su costo y bajo su responsabilidad, con el objeto de dar cumplimiento a los resultados previstos en el presente pliego y en el contrato. (...)

Igualmente, en cuanto a los materiales se estableció que “el proponente establecerá la localización de las posibles fuentes de materiales que cumplan con las especificaciones y en caso de resultar favorecido, utilizará en la ejecución de la obra; por lo tanto, el Departamento no reconocerá costos adicionales por el cambio en la localización de dichas fuentes de materiales. (...) Asimismo, los correspondientes precios unitarios, deberán cubrir, entre otros, todos los costos de explotación incluidos tasas, regalías, arrendamientos, servidumbres, producción, trituración, clasificación, almacenamiento, cargue y descargue y transporte de los materiales hasta el sitio de instalación. (...) La

totalidad de sus costos deberán estar incluidos en los ítems de pago de las obras de que trata la presente licitación. El proponente favorecido con la adjudicación del contrato se obliga a conseguir oportunamente todos los materiales y suministros que se requieran para la construcción de las obras y a mantener permanentemente una cantidad suficiente para no retrasar el avance de los trabajos. **El Departamento no aceptará ningún reclamo del constructor, por costos, plazos, falta o escases de materiales o elementos de construcción, o por cualquiera de los eventos contemplados en este numeral.**

Dado lo anterior, dentro del proceso de selección la Sociedad Galvis Fracassi obtuvo una puntuación de 98.907⁶⁴ y fue adjudicataria mediante Acta de Audiencia Pública celebrada el **30 de julio de 2007**⁶⁵ y Resolución No. 207 de la misma fecha⁶⁶.

El mismo **30 de julio de 2007** se suscribió el Contrato No. 312 de 2007⁶⁷, entre el departamento de Boyacá y la sociedad Galvis Fracassi y compañía S en C⁶⁸, en donde “la firma contratista se obliga para con el departamento [al] mejoramiento y pavimentación de la vía Maripí – Muzo, sector Maripi – La Vega del Tigre del PR0 +000 al PR8 + 760, departamento de Boyacá de acuerdo con los pliegos de condiciones, la propuesta presentada y al anexo 1 los cuales forman parte integral del presente contrato”

Presentado de esta forma el objeto contractual, el **valor del contrato se fijó en la suma de \$6.129.469.152.52** y el contratista se comprometió “a entregar las obras relacionadas en la cláusula primera en un plazo de doce (12) meses”, discriminados en hasta 3 meses para la etapa de estudios, diseños, montaje de infraestructura básica y hasta 9 meses para la etapa de construcción, luego de lo cual – “una vez terminado el objeto” se procedería a efectuar la liquidación final del contrato.

El **16 de octubre de 2007** se dio inicio a la ejecución del Contrato No. 312 de 2007, en cuya acta se dejó constancia de que la obra debía concluir el **15 de octubre de 2008**⁶⁹.

Ya dentro de la ejecución del contrato, la Sala encuentra acreditado que entre las partes suscribieron los siguientes contratos adicionales y modificaciones:

Adición o Modificación	Objeto
------------------------	--------

⁶⁴ Fls.121-123 del Tomo II (CD 2)

⁶⁵ Fls.175-203 del Tomo II (CD 2)

⁶⁶ Fls.46- 56 C.3 y 164 – 174 del Tomo II (CD 2)

⁶⁷ Fls.39-42 C.2, CD No. 1, 436-439 C.3, 3 – 6 Tomo III (CD2) y 1 – 4 del Tomo IV (CD 2)

⁶⁸ Obra certificado de existencia y representación en el que consta que mediante acta de constitución No. 2156 de 4 de mayo de 1989 se constituyó la Sociedad “Galvis Fracassi y Compañía S en C” y que por medio del acta No. 5 del 20 de diciembre de 2011, la Sociedad en comento cambió su denominación a la de “Ingenieros GF SAS”. (Fls.35-37 C.2)

⁶⁹ Fls.46 C.2, CD 1 y 6 del Tomo IV (CD 2)

Adición o Modificación	Objeto
Adición N° 1 15 de agosto de 2008 ⁷⁰	Adicionar el término de seis (06) meses más <u>“sin que esto ocasione mayores costos en los precios unitarios del contrato (...) Las demás cláusulas continúan vigentes sin modificación alguna”</u> .
Adición N° 2 02 de febrero de 2009 ⁷¹	Adicionar el término de dos (2) meses más <u>“sin que esto ocasione mayores costos en los precios unitarios del contrato (...) Las demás cláusulas continúan vigentes sin modificación alguna”</u> .
Adición N° 3 26 de mayo de 2009 ⁷²	Adicionar el término de dos (2) meses más, con manifestación expresa de que <u>“las demás cláusulas continúan vigentes sin manifestación alguna”</u>
Adición N° 4 27 de julio de 2009 ⁷³	Adicionar la suma de \$3,511,333,912,00 y el término de siete (7) meses.
Modificación N° 3 20 de agosto de 2009 ⁷⁴	Modificar las cantidades de obra inicialmente contratadas por cuanto <u>“no coinciden con las cantidades requeridas y necesarias para cumplir con el objeto del contrato”</u> . Las <u>“modificaciones no incrementan el valor del contrato ni alteran su objeto”</u> .
Modificación N° 4 23 de noviembre de 2009 ⁷⁵	Modificar las cantidades de obra inicialmente contratadas por cuanto <u>“las cantidades de obra contratadas no coinciden con las cantidades requeridas y necesarias para cumplir con el objeto del contrato”</u> . Las <u>“modificaciones no incrementan el valor del contrato ni alteran su objeto”</u> .
Modificación 9 de diciembre de 2009 ⁷⁶	Adicional \$1.618.743.338,73 y <u>“mayores cantidades de obra a las inicialmente contratadas para poder concluir totalmente el objeto”</u> . Salvedad: <u>“las cantidades de obra correspondientes a este documento no generan mayor permanencia de obra y que se mantienen para todos los efectos los precios unitarios inicialmente pactados”</u> .
Modificación N° 5 14 de enero de 2010 ⁷⁷	Modificar las cantidades de obra en la construcción de carpeta asfáltica en 2.500 M ³ y su valor en \$775.000.000 . Ya que obras inicialmente pactadas no coinciden con las necesarias y requeridas para cumplir con el objeto del contrato. <u>Dichas modificaciones no incrementarían el valor del contrato ni alteran su objeto.</u>
Adición N° 5 25 de febrero de 2010 ⁷⁸	Adicionar el término de seis (06) meses más el término del contrato No. 312 de 2007
Modificación N° 6 12 de marzo de 2010 ⁷⁹	Modificar las cantidades de obra en la construcción de carpeta asfáltica. Ya que las obras inicialmente pactadas no coinciden con las necesarias y requeridas para cumplir con el objeto del contrato. <u>Dichas modificaciones no incrementarían el valor del contrato ni alteran su objeto.</u>

⁷⁰ Fls.45 C.2 y CD 1

⁷¹ Fls.49 C.2, CD 1 y 435 C.3

⁷² Fls.52 C.2 y CD 1

⁷³ Fls.55 C.2 y CD 1

⁷⁴ Fls.1- 4 del Tomo VI (CD 2)

⁷⁵ Fls.155-158 C.3 y 25 – 28 del Tomo VI (CD 2)

⁷⁶ Fls.213-217 C y 327-331 C.3

⁷⁷ Fls.219-222 y 305-308 C.3

⁷⁸ Fls.62 C.2 y CD 1

⁷⁹ Fls.142-145 del Tomo VI (CD 2)

Adición o Modificación	Objeto
Modificación N° 7 4 de junio de 2010 ⁸⁰	Modificar las cantidades de obra en la construcción de carpeta asfáltica. Ya que las obras inicialmente pactadas no coinciden con las necesarias y requeridas para cumplir con el objeto del contrato. <u>Dichas modificaciones no incrementarían el valor del contrato ni alteran su objeto.</u>
Modificación N° 8 10 de julio de 2010 ⁸¹	Modificar las cantidades de obra en la construcción de carpeta asfáltica. Ya que las obras inicialmente pactadas no coinciden con las necesarias y requeridas para cumplir con el objeto del contrato. <u>Dichas modificaciones no incrementarían el valor del contrato ni alteran su objeto.</u>
Adición N° 6 27 de agosto de 2010 ⁸²	Adicionar el término de dos (2) meses más.
Modificación N° 9 10 de noviembre de 2010 ⁸³	Modificar las cantidades de obra en la construcción de carpeta asfáltica. Ya que las obras inicialmente pactadas no coinciden con las necesarias y requeridas para cumplir con el objeto del contrato. <u>Dichas modificaciones no incrementarían el valor del contrato ni alteran su objeto.</u>
Adición N° 7 12 de noviembre de 2010 ⁸⁴	Adicionar el término de cuatro (4) meses y 10 días.

Dados los contratos adicionales, la contratista considera que sufrió una mayor permanencia en la obra de 29 meses y 10 días, producto de lo cual se vio sometida a mayores costos y cantidades de obra adicionales a las establecidas en la propuesta inicial.

A la sazón, la Sala se pregunta a cuál de las partes son imputables las adiciones y modificaciones que dieron lugar a la mayor permanencia en la obra y a los consecuentes sobrecostos alegados por la demandante, y si hay lugar al reconocimiento de mayores valores en cada una de ellas, de acuerdo con los criterios de oportunidad de las reclamaciones y con las disposiciones contenidas tanto en el contrato inicial como en sus adicionales y modificaciones.

1 Así, por ejemplo, hallamos la primera adicional, la cual tuvo lugar el 15 de agosto de 2008 y consistió en prorrogar el contrato por el término de 6 meses más, en consideración a que mediante oficio de 20 de julio de 2008 el contratista y el interventor solicitaron la prórroga del contrato No. 312 de 2007, la que fue autorizada por la Secretaría de Infraestructura de la Gobernación de Boyacá.

Sin embargo, aunque la Sala observa que el adicional No. 1 tuvo lugar por solicitud del contratista en asocio con el interventor, allí no se exponen claramente los motivos que justificaron la prórroga, los cuales según la demandante no le son imputables.

⁸⁰ Fls.80 – 83 del Tomo VI (CD 2)

⁸¹ Fls.108-111 del Tomo VI (CD 2)

⁸² Fls.63-64 C.2 y CD 1

⁸³ Fls.183-186 del Tomo VI (CD 2)

⁸⁴ Fls.67 C.2 y CD 1

Sin embargo, la Sala observa que previo a la suscripción del Contrato Adicional No. 1 se presentaron las siguientes actuaciones:

- El **17 de enero de 2008**, la interventoría le solicitó a la contratista que allegara, a más tardar el día 21 de enero de 2008, la siguiente información: (i) Planos impresos del diseño geométrico en planta y perfil del trazado de la vía; y (ii) diseños de pavimentos (Marshall), de los concretos y los tipos de materiales para el concreto, con sus pesos específicos, granulometrías, masas unitarias, % de absorción, humedad, tamaño máximo de la piedra, tamaño máximo nominal de la granulometría, módulo de finura, etc⁸⁵.

- El **21 de enero de 2008**, la interventoría le solicitó a la Secretaría de Obras de la Gobernación de Boyacá la imposición de multas a la firma Galvis Fracassi Cía S en C (contratista) por incumplimiento del contrato No. 312 de 2007, por los siguientes motivos⁸⁶:

“1.- El día martes 15 de enero se hizo entrega a la Gobernación de Boyacá por correo a los informes finales aprobados por la interventoría.

2.- Se aprobaron los estudios y diseños con el compromiso de entregar los planos definitivos impresos por parte de los especialistas para la aprobación definitiva por parte de la interventoría a más tardar el día 18 de enero del año en curso y aún el contratista no ha remitido dicha información.

3.- A la fecha no se ha cumplido con el cronograma de obra”.

- El **21 de enero de 2008** la interventoría puso en conocimiento de la Secretaría de Infraestructura de Boyacá, los estudios y diseños elaborados por el contratista⁸⁷.

- El **22 de enero de 2008** la interventoría le informó al director de la obra (contratista) que:

“día 16 de enero se dio orden de iniciación del contrato de obra y hasta el momento no se está dando cumplimiento a los requerimientos de maquinaria y personal establecidos por el pliego de condiciones para el desarrollo del contrato en mención espero que este requisito sea cumplido en el menor tiempo posible”⁸⁸.

- El **31 de enero de 2008** la interventoría le comunicó al contratista⁸⁹ que

“Teniendo en cuenta el recorrido que se realizó el día de hoy con la participación de los especialistas del contrato de la referencia, especialista de la interventoría, supervisor del proyecto y secretario de infraestructura pública del departamento, en el cual se definieron e identificación algunos sitios críticos, le solicito hacer

⁸⁵ Fls.66, 72 C.3, 24 y 30 Tomo III (CD 2)

⁸⁶ Fls.64, 70 C.3, 22 y 28 Tomo III (CD 2)

⁸⁷ Fls.67-68 y 73-74 C.3

⁸⁸ Fls.76, 77, 108 C.3, 34 y 72 Tomo III (CD 2)

⁸⁹ Fls.73 Tomo III (CD 2)

llegar a esta interventoría los procedimientos que se llevaran a cabo en cada uno de ellos.

Por otra parte le recuerdo la necesidad de elaborar la ficha ambiental correspondiente al sitio que se utilizara como botadero, teniendo en cuenta el manejo geotécnico que se le dará al material que se depositará en este lugar al igual que la topografía del sitio y demás especificaciones que se requieren con respecto al manejo ambiental de este sitio.

Es necesario hacer llegar a la oficina de la interventoría en el menor tiempo posible, formulario de afiliación a los sistemas de seguridad social de todas las personas que están laborando en este proyecto”.

- El **31 de enero de 2008** la interventoría le requirió a la Sociedad contratista⁹⁰:

“Le recuerdo que el pliego de condiciones del contrato de la referencia es claro en determinar el equipo mínimo con el que se debe contar para el desarrollo de este proyecto, hasta el momento no se ha observado el cumplimiento de este requisito de igual forma el cumplimiento en el personal necesario en la etapa de construcción.

En días pasados se observó el trabajo de nivelación y cuneteo en todo el trayecto de la vía con la moto niveladora le solicito que este trabajo no sea suspendido, ya que hay tramos puntuales de la vía que aún están en malas condiciones, de ser necesario adicione el material necesario para mejorar los sitios que aun presentan dificultades para el paso vehicular”.

- Informe de interventoría correspondiente a la semana comprendida entre los días **4 y 9 de febrero de 2008**⁹¹ en el que consta que se realizaron por parte del contratista las siguientes actividades: (I) mejoramiento de sitios críticos para facilitar el paso de la maquinaria y mejorar el estado de la vía; y (II) actividades de desmonte y limpieza pero *“estas actividades no se han seguido desarrollado”.*

- El día **8 de febrero de 2008** la interventoría le informó a la contratista lo siguiente⁹²:

“Le recuerdo que se hace necesaria la instalación de la señalización preventiva e informativa que se utiliza en este tipo de proyectos, el uso de la dotación por parte de todo el personal que labora en la obra y a la vez informarle, que ésta interventoría no autoriza a ninguna persona que labore en el tramo del contrato de la referencia desempeñarse sin que se encuentre afiliado a riesgos profesionales y seguridad social.

Por otra parte, se observó en el día de ayer el inicio de los trabajos de corte de talud, para esto es importante aclarar que se hace necesario el control del tráfico y evitar dejar materiales sobre la vía en horas de la noche si esto se hace necesario le solicito que estos materiales queden con su debida señalización.

En reunión realizada el lunes 25 de enero de 2008 se solicitó a ustedes verbalmente se hiciera llegar a esta interventoría, la relación del equipo que se utilizara en este proyecto teniendo en cuenta la referencia de la maquinaria y lugar donde se instalara la planta de asfalto y la planta de trituración. De igual forma le

⁹⁰ Fls.110 C.3, 36 y 74 Tomo III (CD 2)

⁹¹ Fls.79-81, 139 C.3, 38- 39 y 66 -72 Tomo III (CD 2)

⁹² Fls.82 C.3 y 40 Tomo III (CD 2)

solicito hacer llegar informe del avance que hasta la fecha lleva la actividad de montaje de planta de trituración y asfaltos”.

- Informe de interventoría del contrato No. 312 de 2007 correspondientes a los días comprendidos entre el **11 y 16 de febrero de 2008** en el que consta⁹³:

“Se realizó comité semanal el día 16 de febrero de 2008, donde se verificó el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el acta de reunión del 31 de enero de 2008 donde se pactaron compromisos, entre los cuales se encontraba el seguimiento y monitoreo del puente vehicular localizado en el PR 0 + 750, este compromiso adquirido por el contratista se ha llevado a cabo semanalmente constatando que no se ha producido ningún tipo de movimiento horizontal de esta estructura. De igual forma se verificó que el incumplimiento por parte del contratista en cuanto a la entrega de relación de equipos que se utilizara en este tramo, únicamente entrega de referencia (sic) de planta de trituración y asfalto.

No se ha dado cumplimiento a la entrega de la propuesta de procedimientos que se deben llevar a cabo en cada uno de los sitios críticos definidos en los estudios y diseños incluido el del puente vehicular. Se adquirieron nuevos compromisos como son la llegada de nueva maquinaria para tramo 1, presentación de hoja de vida del Ingeniero Residente y la organización de reunión para socialización del proyecto con presencia de delegados de la Gobernación de Boyacá”.

- El **14⁹⁴ y 15⁹⁵ de febrero de 2008** la interventoría le solicitó a la contratista un plan de acción correctivo para recuperar los siguientes atrasos presentados en la ejecución de la obra, los cuales consideró “únicamente imputables al contratista”:

Hito	Retraso
Hito 0 - Montaje de la infraestructura básica	A la fecha no se tiene el montaje de la trituradora ni de la planta de asfalto ofrecida por ustedes en la propuesta. Entendemos que existe un principio de acuerdo con un posible proveedor de materiales ubicado en las vegas del rio Guazo en el PR 15 + 500 pero tal y como lo hemos expresado en varias oportunidades con el montaje existente, no es posible atender los volúmenes de materiales requeridos para el proyecto. <u>Existe un incumplimiento ya que esta actividad debió estar culminada el 31 de diciembre de 2007.</u>
Hito 1 - Estudios y diseños	A la fecha no se cuenta con la versión final de los estudios y diseños consistentes en los volúmenes y planos necesarios para la construcción de las obras. Al respecto es importante precisar que ya se aprobó y materializó en el terreno el eje de la vía, con lo cual fue posible dar inicio a la explanación y a las obras de drenaje, estas últimas no han iniciado. <u>Existe un incumplimiento ya que esta actividad debió estar terminada el pasado 31 de diciembre de 2007.</u>
Hito 2.- Obras de mejoramiento y pavimentación del primer km de vía - Atraso en los ítems de explanaciones, obras de drenaje, protección y pavimentación	Atraso en la inversión del mes de enero de 2007: 3.75%
	Atraso en la inversión del mes de febrero: 10,27%
	Atraso la inversión en el mes de enero de 2007: 7.77%
	Atraso en la inversión del mes de febrero: 22.09%
	Atraso en la inversión del mes de enero de 2007: 5.11%
	Atraso en la inversión del mes de febrero: 13.81%

⁹³ Fls.15-117 C.3 y 41 – 44 Tomo III (CD 2)

⁹⁴ Fls.120-123 C.3 y 47 – 48 Tomo III (CD 2)

⁹⁵ Fls.118-119 C.3 y 45 – 46 Tomo III (CD 2)

Por último, en estos oficios la interventoría le solicitó al contratista *“el cumplimiento estricto de lo establecido por ustedes en el documento Plan de Manejo Ambiental y todo lo relacionado con la seguridad industrial. Al respecto es importante precisar que el único botadero autorizado por esta interventoría es el ubicado en el K18 + 000, en donde se deben construir las obras de mitigación y protección de laderas por ustedes propuestas, la utilización de otros sitios como botaderos se constituye en un incumplimiento del contrato”*.

- Acta de Comité Técnico suscrita el **16 de febrero de 2008** por la Sociedad Galvis Fracassi S en C., y por la interventoría, en la que consta que el contratista *“dio cumplimiento al monitoreo semanal del puente vehicular”*⁹⁶.

- Informe de interventoría correspondiente a la semana entre el **18 y 23 de febrero de 2008** en el que consta⁹⁷:

“En esta semana se aumentó la maquinaria que se venía utilizando, se aumentó el tren de volquetas y se adicionó una retro excavadora de oruga, para así intensificar los cortes de talud, se ha venido localizando el eje de la vía y se ha realizado el chaflanado correspondiente.

Se realizaron actividades de limpieza y mejoramiento del cauce del río aledaño al puente vehicular localizado en 0 + 760 para reducir la energía y el golpe del agua en los estribos del mismo.

Desmonte y limpieza, esta actividad se ha venido realizando en todo el trayecto, se concentraron las labores para facilitar la actividad de chaflanado y corte de talud. Se han venido realizando mejoramientos manuales de cuneteo en sitios críticos de la vía.

Se ha venido trabajando el manejo de los materiales en el botadero seleccionado para dejar materiales procedentes de la excavación.

(...)

Esta semana se oficia al contratista sobre la necesidad de intensificar los trabajos de corte de talud y dar cumplimiento al cronograma propuesto además de contar con una comisión de topografía exclusiva para este tramo ya que se viene observando que no hay continuidad en estos trabajos”.

- El **19 de febrero de 2008**, el supervisor del contrato le solicitó al Jefe de la Oficina de Contratación de la Gobernación de Boyacá lo siguiente⁹⁸:

“Como supervisor del contrato vial Maripí – Muzo de la provincia de occidente, en el cual se está desarrollando el proyecto de pavimentación de dicha vía y teniendo en cuenta el estado actual de los trabajos, me permito ratificar el atraso en la ejecución de las actividades contempladas en los contratos suscritos con la compañía Galvis Fracassi y Compañía S en C., entidad responsable de los cuatro tramos de la pavimentación y solicito además se hagan efectivas las sanciones y multas a que haya lugar con el fin de lograr el avance normal de la obra según

⁹⁶ Fls.112 – 113 C.3

⁹⁷ Fls.87, 133-135 C.3 y 59 – 62 Tomo III (CD 2)

⁹⁸ Fls.73, 84 C.3 y 33 Tomo III (CD 2)

cronogramas de actividades propuestas por el contratista y aprobados por las respectivas interventorías. (...)”.

- El **20 de febrero de 2008**, la interventoría le solicitó a la contratista que “se dé cumplimiento a la exigencia del equipo mínimo requerido para el desarrollo de este proyecto” ya que la máquina que “se viene utilizando no es suficiente para dar cumplimiento al cronograma propuesto por ustedes”⁹⁹.

- El **20 de febrero de 2008**, la interventoría puso en conocimiento de la Sociedad Contratista lo siguiente¹⁰⁰:

“Le recuerdo que debe allegar a las oficinas de la interventoría los recibos de pago de la seguridad social de todas las personas que laboran en este proyecto no se ha recibido en esta oficina pagos del mes de enero.

Nuevamente le solicito la ficha ambiental realizada para el botadero del PR2 + 800 que ustedes están utilizando en este momento y en caso de ser requerido un nuevo sitio se deberá realizar la respectiva solicitud.

Le sugiero tener en cuenta el cronograma que fue presentado por ustedes, ya que en este momento se está presentando atraso en la mayoría de las actividades, le solicito que se programe dos grupos de trabajo para así ponerse al día en cuanto a la actividad de corte de talud y dar inicio a las demás tareas que están pendientes”.

- Acta de Comité de **26 de febrero de 2008** suscrita por la interventoría, en la que consta¹⁰¹:

“Sólo se encuentra 1 maquina por tramo, se encuentra topografía en los 4 tramos; la planta de trituración no se está haciendo montaje; no se cuenta con material disponible, presenta atraso en planta de asfalto, no se está dando cumplimiento a estos montajes. Se debe proponer reprogramación, aceptar multas y proponer tiempo de entrega. Se observa que no se puede cumplir con el plazo estipulado.

Exponer objeciones de la oficina, visita de hoy se dará informe a la oficina jurídica. Presentación del Ing. Jesús Dávila como supervisor técnico de la Gobernación y la Ing. Judy Piracoca, como residente designada de la Gobernación para realizar socialización del proyecto. Definir organigrama (...)

En el transcurso de la semana se desplazaron los tanques (ilegible) de la planta de asfalto, el montaje de la trituradora ubicada en el K5 +200 se encuentra con un 90%.

En el K15 + 200 se encuentra en un 90% (...)”.

- Informe detallado del Contrato No. 312 de 2007 presentado el **29 de febrero de 2008** por la firma interventora al Director Jurídico de la Gobernación de Boyacá y en el que consta lo siguiente¹⁰²:

⁹⁹ Fls.136-137 C.3 y 63 Tomo III (CD 2)

¹⁰⁰ Fls.138 C.3 y 65 Tomo III (CD 2)

¹⁰¹ Fls.129-131 C.3

¹⁰² Fls.124-125 C.3 y 51-52 Tomo III (CD 2)

“De acuerdo con el oficio de la referencia, recibido por esta interventoría; le informo que según cronograma de actividades presentado por el contratista de este proyecto se presenta un 53.7% de retraso en la ejecución de las obras como lo muestra el cuadro que se adjunta respecto a la programación de obra y el presupuesto ejecutado. La inversión ejecutada programada corresponde a un 6.46% del presupuesto oficial y tiene ejecutado un 3.47% acumulado hasta la fecha.

De igual forma se han venido presentando incumplimientos con respecto a las exigencias plasmadas en los pliegos de condiciones de la licitación pública que dio origen a esta contratación en lo respectivo al equipo mínimo ofrecido para el desarrollo de los trabajos. La maquinaria establecida se cita a continuación:

EQUIPO MINIMO REQUERIDO SEGÚN PLIEGO DE CONDICIONES	CANTIDAD OFRECIDA	CANTIDAD EN OBRA.
Planta de asfalto	1	0
Motoniveladoras	2	0
Recicladora de asfalto con capacidad mayor a 500 HP	1	0
Computador neumático	1	0
Cargadores	3	0
Trituradora	1	0
Terminadora de asfalto	1	0
Vibro compactadores	2	0
Retroexcavadoras	3	2
Volquetas	10	5

Con lo anterior le informo que el contratista hasta la fecha no está dando cumplimiento al objeto contractual con las especificaciones establecidas en lo referente a cronograma de actividades, ya que el incumplimiento en el desarrollo de este se refleja en el plazo de ejecución del contrato de igual forma el equipo mínimo del trabajo ya que es una obligación contractual y éste incumplimiento se ve reflejado en el avance y desarrollo de las actividades establecidas en este proyecto.

(...)

Aclaremos que la época invernal presentada en los últimos días ha dificultado la actividad normal de ejecución de las obras preliminares y de explanación (...).”

- Reclamación presentada el **18 de abril de 2008** por la Sociedad Galvis Fracassi S en C ante la Secretaria de Hacienda del departamento de Boyacá por medio de la cual le solicitó a esta última lo siguiente¹⁰³:

“1.- Que se reconozca por parte de la Gobernación de Boyacá al contratista Galvis Fracassi y Cía S en C la inclusión del ítem correspondiente al asfalto sólido 80 – 100, dentro de los contratos 312, 313, 314, 315 y 472 de 2007.

2.- Como consecuencia del reconocimiento del ítem que se haga dentro de los contratos suscritos, se reconozca y pague al contratista por tal concepto, la suma de dos mil ochocientos once millones cuatrocientos cuarenta mil trescientos veintidós pesos (\$2.811.440.322.00), suma que comprende los valores por concepto de inclusión del ítem asfalto sólido 80 – 100 en cada uno de los contratos suscritos que a continuación se mencionan:

2.1.- Dentro del Contrato No. 312 de 2007 cuyo objeto es el “mejoramiento y pavimentación de la vía Maripí – Muzo, sector Maripí – La Vega del Tigre del PR0 + 000 al PR8 + 760, departamento de Boyacá” la suma de setecientos veintinueve

¹⁰³ Fls.160 – 189 Tomo III (CD 2)

millones ochocientos noventa y siete mil cuarenta y cinco pesos moneda corriente (\$729.897.045.00).

(...)

3.- Que se reconozcan al contratista el aumento que ha tenido el asfalto sólido 80 – 100 en refinería de Ecopetrol, ítem cuya inclusión estamos solicitando, desde el momento en que se presentaron las ofertas por la suma de novecientos noventa y tres millones seiscientos treinta y un mil cuatrocientos noventa pesos (\$993.631.490.00), suma que comprende los valores por concepto del aumento del ítem asfalto sólido 80 – 100 en cada uno de los contratos suscritos que a continuación se mencionan:

3.1.- Dentro del Contrato No. 312 de 2007 cuyo objeto es el “mejoramiento y pavimentación de la vía Maripí – Muzo, sector Maripí – La Vega del Tigre del PR0 + 000 al PR8 + 760 departamento de Boyacá”, la suma de ciento ochenta y seis millones cuatrocientos veinte mil novecientos noventa y ocho pesos moneda corriente (\$186.420.998.00)

(...)”.

Lo anterior, por cuanto la contratista consideró que en el pliego de condiciones se estableció como documentos que hacen parte de la licitación y que a su vez integrarían el contrato las “especificaciones generales de construcción de carreteras, versión 1996 adoptadas mediante Resolución No. 008068 del 19 de diciembre de 1996 expedida por la Dirección General del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, [en la que consta] “Numeral 400.7.2.- Ejecución de mezclas abiertas y densas en frío y en caliente y bacheos con mezcla asfáltica. Se excluyen del precio unitario el suministro y almacenamiento del producto asfáltico para la mezcla, el cual se pagara de acuerdo con la especificación respectiva. En caso de requerirse aditivos mejoradores de adherencia, su costo deberá estar incluido en el precio unitario de la mezcla”.

En este orden de ideas la sociedad demandante le solicitó a la Gobernación de Boyacá la “inclusión y pago del nuevo ítem que debe comprender el suministro y almacenamiento del producto asfáltico para la mezcla, ya que como reiteradamente se ha dicho, el mismo se encuentra excluido de los precios contenidos en el análisis de precios unitarios”.

2.- El rompimiento del equilibrio económico del Contrato No. 312 de 2007 por la no inclusión del insumo del asfalto sólido como ítem independiente en los listados de precios unitarios y el alza desmedida que el precio del mismo tuvo a partir de la presentación de la oferta.

- Informe de interventoría correspondiente a los días comprendidos entre el **6 y 10 de mayo de 2008** en el que consta que “en esta semana el desarrollo del proyecto completó un avance del 2.7% con respecto al cronograma presentado por el contratista. El atraso a la fecha está a un 91.71%”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Fls.192-198 C.3

- Informe de actividades de la interventoría del mes de **junio de 2008** en el que constan los atrasos que la obra ha presentado hasta la fecha¹⁰⁵:

CUADRO DE AVANCE SEGÚN CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES							
Mes Inversión	Diciembre	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio
Inversión	584.00	53,728,000.00	268,391,923.52	645,946,979.20	645,946,980	645,946,982	645,946,982
Programada	0,00%	1,08%	5,38%	12,95%	12,95%	12,95%	12,95%
Inversión	548	54,312,000	322,703,924	968,650,903	614,597,883	2,260,544,865	2,906,491,848
prog. Acumulada	0%	1,08%	6,46%	19,41%	32,37%	45,32%	58,28%
Inversión programada Semana acumulada							
Inversión (\$)	0	53,694,000	9,316,923	37,034,000	69,304,800	\$50,123,840	\$66,120,393
Ejecutada	0,00%	1,08%	0,19%	0,74%	1,39%	7,76%	10,24%
Inversión (\$)	0	53,694,000	63,010,923	100,044,923	169,349,723	219,473,563	287,285,956
Ejec. Acumulada	0	1,08%	1,26%	2,01%	3,40%	11,16%	21,65%
% atraso mes	0						

En virtud de lo anterior se “*puede observar que el avance del mes de junio es del 10% y con lo cual se presenta un atraso del 90.12% con respecto al cronograma propuesto inicialmente por el contratista. La inversión en el mes de junio es de \$66.120.393, este es un valor aproximado, teniendo en cuenta los datos de corte y avance topográfico que se toman diariamente, sin embargo a la fecha no se ha realizado ningún corte de obra ni de recibo formal de cantidades*”.

- Oficio de **16 de junio de 2008**¹⁰⁶ proferido por el Director de Contratación de la Gobernación de Boyacá por medio del cual le informó al representante legal de la Sociedad Galvis Fracassi & Cía S en C que las pretensiones elevadas en el oficio de **18 de abril de 2008** no se encuentran llamadas a prosperar por las razones expuestas en el concepto técnico emitido por la Secretaría de Infraestructura Pública del departamento que a continuación se menciona.

- Concepto técnico¹⁰⁷ emitido por la Secretaría de Infraestructura Pública de la Gobernación de Boyacá en el que se concluyó que no es procedente el objeto de la reclamación de **18 de abril de 2008** por los siguientes motivos:

1.- En cuanto a la reclamación relacionada con la inclusión del nuevo ítem dentro de la lista de precios unitarios del Contrato No. 312 de 2007:

“Desde la etapa previa al inicio del proceso licitatorio, como es la formulación del proyecto y específicamente evaluación de costos para determinar el monto de la inversión y presupuesto oficial, la Secretaría de Infraestructura Pública de Boyacá como ente idóneo en el tipo de proyecto que nos ocupa, incluyó en el capítulo de construcción de la carpeta en el ítem denominado construcción de carpeta asfáltica MDC 2 en caliente, incluye barrido, suministro y compactación INV 450

¹⁰⁵ Fls.165-191 C.3

¹⁰⁶ Fls.192 del Tomo III (CD 2)

¹⁰⁷ Fls.193-198 del Tomo III (CD 2)

incluye transporte, la valoración del costo de todos los insumos necesarios que hacen parte integral del ítem, de tal forma que una vez construida pueda ser entregado y puesta en servicio por el contratista a satisfacción ante la Gobernación de Boyacá.

(...)

*Adicionalmente se encuentra documentado en el archivo de la Gobernación todo el proceso licitatorio, en donde ni en los pliegos, ni en las aclaraciones solicitadas, ni en las audiencias de aclaración, evaluación y adjudicación de los contratos, **no** existió una sola pregunta al respecto, pues la mezcla densa MDC 2 en caliente, como ha sido concebido por la Gobernación y en toda la práctica de la ingeniería de pavimentos y como lo entendieron todos los proponentes incluido el actual contratista en su momento, el asfalto se encuentra incluido en el ítem solicitado ya que como quedó claramente documentado y expuesto en esta nota técnica no es posible concebir, fabricar ni construir una mezcla asfáltica MDC 2 en caliente sin asfalto.*

(...)

Se concluye que de acuerdo con lo descrito y conceptuado anteriormente, con relación a la reclamación de inclusión nuevo ítem dentro de la lista de precios unitarios de los contratos suscritos, se determina que dicha reclamación no procede debido a que efectivamente siempre ha estado incluido el costo del asfalto o ligante asfáltico en el ítem denominado: Construcción de carpeta asfáltica MDC 2 en caliente, incluye barrido, suministro y compactación INV 450 incluye transporte”.

2.- Con relación a la reclamación relacionada con el restablecimiento de la ecuación económica del contrato por el alza del precio del insumo del asfalto:

“Dentro del pliego de condiciones y las propuesta (sic), en la evaluación de costos indirectos (AIU) se contempla un porcentaje que corresponde a imprevistos, que para el caso sería el monto que amortizaría dicho sobre costo.

(...)

De acuerdo con lo anterior, la Administración departamental no puede proceder a reconocer dicho incremento objeto de la reclamación”.

Dados los anteriores hechos probados, la Sala concluye que de acuerdo con el pliego de condiciones y el contrato, el contratista contaba con “*hasta 3 meses para la etapa de estudios, diseños, montaje de infraestructura básica*”, de manera que si el contrato tuvo inicio el 16 de octubre de 2007, a más tardar el 16 de enero de 2008 el contratista debía entregar los estudios y diseños elaborados en esta etapa.

Sin embargo, a **17 de enero de 2008** la contratista no había entregado los planos del diseño geométrico en planta y perfil del trazado de la vía ni los diseños de pavimentos, concretos ni tipos de materiales del concreto, con sus especificaciones, por lo que la interventoría le concedió un plazo máximo hasta el 21 de enero siguiente.

El 21 de enero de 2008 la interventoría le informó la Secretaría de Obras de la Gobernación de Boyacá que el contratista aún no había dado cumplimiento a la entrega de los estudios y diseños ni había cumplido con el cronograma de obra, en razón a lo cual solicitó que se diera aplicación a la imposición de una multa que, como se sabe, tiene la finalidad de conminar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

No obstante, también se observó que el mismo 21 de enero de 2008 la interventoría tuvo en su poder los estudios y diseños elaborados por el contratista y así los dio a conocer a la Secretaría de Infraestructura del Departamento, aunque al día siguiente, nuevamente, la interventoría dejó constancia del incumplimiento del contratista en el inicio de la obra, la cual había sido ordenada desde el 16 de enero anterior, sin que la contratista hubiera iniciado la ejecución.

Asimismo se vio que el 31 de enero de 2008 *“los especialistas del contrato de la referencia, especialista de la interventoría, supervisor del proyecto y secretario de infraestructura pública del departamento”* hicieron un recorrido a la obra donde identificaron puntos críticos que fueron comunicados a la contratista para que tomara las medidas del caso, además de solicitarle la ficha ambiental del lugar que se utilizaría como botadero y las afiliaciones al sistema de seguridad social del personal empleado en el proyecto.

Y en esta misma fecha, la interventoría advirtió el incumplimiento del contratista en la implementación del equipo y personal necesario para el desarrollo del proyecto, así como la instalación de señalización, dotación de personal y afiliaciones al sistema de riesgos profesionales y de seguridad social.

Al 14 y 15 de febrero de 2008, se presentaban atrasos en la obra por parte del contratista, en razón a lo cual la interventoría solicitó la elaboración de un plan correctivo que le permitiera recuperar dichos atrasos, los cuales versaban sobre incumplimiento que datan de 31 diciembre de 2007 e inversiones de enero de 2007. Además de incumplimientos en el plan de manejo ambiental.

Sin embargo, aunque el informe de interventoría anuncia una suerte de mejoría entre los días **18 y 23 de febrero de 2008**; el **19 de febrero de 2008**, el supervisor del contrato ratificó el atraso en la ejecución de las obras y solicitó que se hicieran efectivas las *“multas a que haya lugar con el fin de lograr el avance normal de la obra según cronogramas de actividades propuestas por el contratista”*.

Situaciones éstas que claramente son indicios del incumplimiento en que estaba incurso la sociedad contratista, que entre otras podía ser imputable a la falta de maquinaria suficiente, como se observa en el oficio de 20 de febrero de 2008, suscrito por la interventoría y el Acta de Comité de **26 de febrero de 2008** donde además se puso de presente la falta de material disponible y la imposibilidad para cumplir con el plazo estipulado, imputable a los atrasos presentados.

En este sentido, debe observarse que lo anterior fue ratificado por el Informe de **29 de febrero de 2008**, donde se evidencia que para esta fecha el contrato presentaba un retraso en la ejecución de las obras del 53.7%, atribuible al incumplimiento de las exigencias plasmadas en los pliegos de condiciones; frente a lo cual la Sala quiere señalar que, como se lo hizo ver el contratista a la entidad demandada en su comunicado de **18 de abril de 2008**, *“los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato porque son la fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y son la base para la interpretación e integración del contrato en la medida que contienen la voluntad de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido”*.

Asimismo, se observa que para los días **6 y 10 de mayo de 2008** el porcentaje de atraso reportado por el contrato aumentó a 91.71%, que en el mes de junio disminuyó al 90.12%

En síntesis, se encuentra acreditado en el plenario que para esta etapa contractual, esto es, a solo 4 meses de la finalización del contrato, su ejecución reportaba un atraso de 90.12% que, como se vio, el material probatorio atribuye a la contratista; pese a que mediante Resolución No. 000904 de **3 de agosto de 2009**¹⁰⁸ la Secretaría de Hacienda de la Gobernación de Boyacá haya resuelto finalizar la actuación administrativa dirigida a la imposición de multas por incumplimiento del Contrato de Obra No. 312 de 2007 y ordenar el archivo definitivo de las diligencias, porque consideró que para esta fecha (**3 de agosto de 2009**) la contratista había suministrado la información requerida y los atrasos no habían obstaculizado el desarrollo de la obra.

Es de anotar que dicha decisión era de esperarse, toda vez que para este momento, 14 meses después (**3 de agosto de 2009**), la imposición de la multa había perdido su razón de ser, esto es, compeler al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, pues las situaciones presentadas estaban siendo subsanadas con el paso del tiempo y la suscripción de 4 contratos adicionales que otorgaban a la contratista más tiempo para el cumplimiento de sus obligaciones, como se verá más adelante.

Es así que, dado el atraso de la obra a junio de 2008 (90.12%), las partes acordaron la suscripción de la **Adición No. 1 de 15 de agosto de 2008**, donde se prorrogó el plazo del contrato por un término de 6 meses.

Ahora bien, concretamente, frente a la demanda de desequilibrio económico del contrato, la Sala observa que pese a la suscripción del Contrato Adicional No. 1 la contratista no incluyó ningún tipo de salvedad que reflejara su inconformidad con las condiciones pactadas, sobrecostos o desacuerdo con la mayor permanencia en la obra.

¹⁰⁸ Fls.144-148 C.3 y 15 – 19 del Tomo VI (CD 2)

Contrario sensu la contratista suscribió la Adición No. 1, se itera, sin ninguna salvedad e, incluso, bajo la manifestación expresa según la cual “sin que esto [esta adición] ocasione mayores costos en los precios unitarios del contrato [y] (...) las demás cláusulas continúan vigentes sin modificación alguna”, de modo tal que es dable concluir que la contratista concilió su insatisfacción frente a los costos unitarios del contrato hasta aquí ejecutados.

Más aún, debe observarse que la reclamación por desequilibrio financiero del contrato, elevada por la contratista el **18 de abril de 2008**, fue negada mediante oficio de **16 de junio de 2008**¹⁰⁹ proferido por el Director de Contratación de la Gobernación de Boyacá con fundamento en el concepto técnico de la Secretaría de Infraestructura Pública de la misma Gobernación, ante el cual la contratista guardó silencio y, contrario a manifestar su insatisfacción, consintió en prorrogar la ejecución del contrato por un término de 6 meses bajo las condiciones inicialmente pactadas y, se insiste, “sin que esto ocasione mayores costos en los precios unitarios del contrato” y con la única salvedad según la cual “las demás cláusulas continúan vigentes sin modificación alguna”

De modo que, hasta aquí, ninguna razón le asiste a la demandante para solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, supuestamente quebrantado; en primer lugar, porque se observa que la contratista dio lugar a la prórroga que generó mayor permanencia en la obra, en segundo lugar, porque en el Contrato Adicional No. 1 la contratista no expresó ninguna salvedad respecto de dicha situación, y en tercer y último lugar porque la reclamación por ella elevada ante la entidad contratante fue denegada sin que la contratista manifestara alguna oposición al respecto, sino que, como se dijo, con la suscripción del contrato adicional sin ninguna salvedad frente al supuesto desequilibrio, la contratista asintió en el mantenimiento de las condiciones inicialmente pactadas, y acordó prorrogarlas por el término de 6 meses.

2 Desatado el punto anterior, se avanza a la siguiente prórroga, la cual tuvo lugar mediante Contrato Adicional No. 2 del **2 de febrero de 2009**, en razón a que los 6 meses antes adicionados no habían sido suficientes para la terminación y cumplimiento del objeto contractual debido al fuerte invierno durante los últimos meses del año 2008, razón por la cual el contratista solicitó la prórroga del término en dos meses más, con el fin de completar la meta física contractual, solicitud que contó con el visto bueno del supervisor del contrato y, al igual que la anterior, se suscribió expresamente bajo la estipulación: “sin que esto ocasione mayores costos en los precios unitarios del contrato” y la salvedad según la cual “las demás cláusulas continúan vigentes sin modificación alguna”.

¹⁰⁹ Fls.192 del Tomo III (CD 2)

A la sazón, la Sala prevé que el sólo contrato adicional es suficiente para entender las razones que dieron lugar a prorrogar la ejecución del contrato por un término adicional de 2 meses, las cuales se radicaron en “*el fuerte invierno durante los últimos meses de 2008*”, situación ésta que en principio comporta una causa extraña denominada “fuerza mayor”, no imputable a ninguna de las partes, frente a la cual, expresamente se pactó que no “ocasionen mayores costos en los precios unitarios del contrato”, y al igual que en el evento anterior, sin que la contratista hubiera manifestado alguna clase de salvamento o reclamación, por el contrario, las partes advirtieron que “*las demás cláusulas continúan vigentes sin modificación alguna*”, dentro de las cuales deben entenderse incluidos los precios inicialmente pactados.

De manera que hasta aquí la sociedad “*Ingenieros G.F S.A.S.*” tampoco tiene lugar a efectuar demanda alguna de desequilibrio porque el criterio de oportunidad lo hace improcedente y extemporáneo y porque la misma contratista pactó que esta adición no generaría mayores costos para la entidad contratante, de modo que no puede en este escenario contradecirse e ir en contra de los actos propios para obtener un provecho indebido de su co-contratante, pues tal acto deviene contrario a la buena fe objetiva o contractual.

3. En el mismo sentido, la Adición No. 3 tuvo lugar el **26 de mayo de 2009**, cuando las partes acordaron ampliar el plazo de ejecución por el término de 2 meses más, en razón a que las prórrogas anteriores habían sido insuficientes “*para la terminación y cumplimiento del objeto contractual debido a la prolongación del invierno durante los últimos meses, y por otra parte se estudia la posibilidad de un adicional en dinero, razón por la cual se requiere la prórroga del término en cuatro (4) meses más con el fin de completar la meta física contractual, y resolver la solicitud de adicional (sic) del valor del contrato*”.

Al respecto debe preverse que el contrato es adicionado por la ola invernal, lógicamente sumada al atraso que la obra venía reportando, pero como se observa las partes acordaron subsanar esta circunstancia mediante las prórrogas suscritas bajo la condición expresa de que ellas no generarían costos adicionales “en los precios unitarios del contrato” ni modificarían las demás cláusulas contractuales.

Además, debe preverse que ya desde la suscripción de la Adición No. 3 se anunciaba una nueva prórroga que se justificaba en la necesidad de aumentar el valor del contrato, conforme a la solicitud elevada por la contratista el día **2 de diciembre de 2008**¹¹⁰, cuando la Sociedad Galvis Fracassi le solicitó a la interventoría el aumento del valor del contrato con fundamento en que “*después de ejecutados, evaluados y aprobados los estudios y diseños del contrato de la referencia, se observa que el monto al cual asciende*

¹¹⁰ Fls.417-429 C.3

la inversión necesaria para la culminación de la meta física contractual es la suma de \$12.126.948.227.04, este valor es superior al valor inicialmente previsto por la Gobernación de Boyacá con anterioridad a la elaboración de los estudios y diseños para el tramo en la suma de \$5.997.479.074,52”.

Antes de avanzar a la siguiente prorroga la Sala no quiere dejar de señalar que situaciones como la identificada por la contratista en su oficio de **2 de diciembre de 2008** evidencian el flagrante desconocimiento al principio de planeación contractual, que le es imputable no solo a la entidad demandada sino, también, a la contratista, toda vez que ambas partes contractuales estaban en la obligación de proyectar y diseñar el negocio jurídico de acuerdo con las necesidades que lo justifican, esto es, sin dar lugar a la improvisación y descartando toda situación previsible, lo cual, se insiste, es exigible tanto a la entidad contratante como a la contratista, la primera en el momento de diseñar y plantear el pliego de condiciones y la segunda en el momento de diseñar y plantear su propuesta inicial, pues estos documentos se constituyen en la esencia de lo pactado y determinan las obligaciones y derechos que regirán la relación contractual.

Y como también se verá, lo propio ocurrió frente a las cantidades de obra inicialmente pactadas, las cuales también fueron modificadas, porque *“no coinciden con las cantidades requeridas y necesarias para cumplir con el objeto del contrato”*. Situación sobre la cual se volverá más adelante, según corresponda en el orden cronológico que este análisis pretende presentar.

4 De esta manera se avanza a la Adición No. 4 de **27 de julio de 2009**, mediante la cual se acreció el valor del Contrato No.312 de 2007 en la suma de \$3.511.333.912,00 y se prorrogó su plazo de ejecución por el término de siete (7) meses.

Recuérdese, entonces, que esta adición tuvo lugar en respuesta a la solicitud elevada por la contratista el **2 de diciembre de 2008**, la cual se encontró jurídicamente viable en virtud del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, toda vez que no superaba el 50% del valor del contrato y se consideró necesaria para concluir satisfactoriamente con el objeto del contrato.

Sin embargo, en atención a los señalamientos de la demanda, según la cual las adiciones que generaron mayor permanencia en la obra y consecuenciales sobrecostos, no son imputables al contratista, como antes se dijo, la Sala considera que esta adición encuentra su fuente en la falta de planeación del contrato, la cual no solo es imputable a la entidad demandada sino también a la contratista, quien en su calidad de colaboradora de la administración y profesional en la celebración de esta clase de contratos, a la hora de presentar la propuesta inicial estaba obligada a prever a cuánto ascendía el

presupuesto real de la obra y no esperar a hacerse adjudicataria bajo unas condiciones que no correspondían a la realidad y que la contratista debió valorar.

A la sazón debe advertirse que esta es la razón por la cual, previo a la presentación de la propuesta, los proponentes están obligados a visitar el lugar de ejecución de la obra, ya que a ellos les corresponde hacer una evaluación de las condiciones físicas y jurídicas del negocio ofertado por la administración, antes de comprometerse a su ejecución.

Por lo demás, al igual que en los casos anteriores, la Sala prevé que la contratista no objetó de manera alguna la adición presupuestal ni la prórroga aquí efectuada; por el contrario, con la suscripción del contrato adicional consintió en la cuantía y tiempo adicionados, indicando con ello la satisfacción de su interés negocial, el cual se concretó en que el valor total del contrato fuera ampliado a \$9.640.803.064,52 y el plazo total de ejecución se pactó en 29 meses, bajo la manifestación expresa según la cual *“las demás cláusulas continúan vigentes y sin modificación alguna”*, entre las cuales se entiende la correspondiente a los precios unitarios pactados sin que se estableciera fórmula de reajuste.

5 Ahora bien, pese a que el Informe de interventoría correspondiente al periodo comprendido entre el **16 de agosto y el 16 de septiembre de 2009** hizo constar que en el mes de agosto *“se completó un 95% de avance en el proyecto según las actividades ejecutadas durante este mes, quedando por ejecutar un 5% del presupuesto inicial”*¹¹¹, la Sala observa que, en consideración a que *“las cantidades contratadas no coinciden con las cantidades requeridas y necesarias para cumplir con el objeto del contrato”*, las partes de común acuerdo introdujeron modificaciones a las cantidades de obra inicialmente pactadas, las cuales tuvieron lugar los días 20 de agosto de 2009¹¹²; 23 de noviembre de 2009¹¹³; 9 de diciembre de 2009¹¹⁴; 14 de enero de 2010¹¹⁵; 25 de febrero de 2010¹¹⁶; 12 de marzo de 2010¹¹⁷; 4 de junio de 2010¹¹⁸; 10 de julio de 2010¹¹⁹ y 10 de noviembre de 2010¹²⁰.

Así las cosas, las cantidades obra inicialmente pactadas fueron incrementadas por acuerdo entre las partes, las primeras expresamente imputadas al valor total del contrato conformado por el valor inicial de \$6.129.469.152,52 y el adicional No. 4, correspondiente

¹¹¹ Fls.228

¹¹² Fls.1- 4 del Tomo VI (CD 2)

¹¹³ Fls.155-158 C.3 y 25 – 28 del Tomo VI (CD 2)

¹¹⁴ Fls.213-217 C y 327-331 C.3

¹¹⁵ Fls.219-222 y 305-308 C.3

¹¹⁶ Fls.62 C.2 y CD 1

¹¹⁷ Fls.142-145 del Tomo VI (CD 2)

¹¹⁸ Fls.80 – 83 del Tomo VI (CD 2)

¹¹⁹ Fls.108-111 del Tomo VI (CD 2)

¹²⁰ Fls.183-186 del Tomo VI (CD 2)

a \$3.511.333.912,00 y las siguientes cobijadas además con la suma de \$1.618.743.338,73, adicionados en la modificación que tuvo lugar el 9 de diciembre de 2009.

En este sentido se observa que el **22 de diciembre de 2009**, sobre el valor total del contrato, el Secretario de Infraestructura de la Gobernación de Boyacá¹²¹ hizo constar:

CONTRATO No. 312 de 2007	Vr en pesos
Valor inicial	\$6.129.469.152.00
Adición 50% en SMLMV	\$3.511.333.912.00
Mayores cantidades	\$1.618.743.338.73
Total	\$11.259.546.402.73

Pese a lo anterior, debe preverse que todas las modificaciones efectuadas al Contrato No. 312 de 2007, expresamente estipularon que las “modificaciones no incrementan el valor del contrato ni alteran su objeto” o en otras palabras, también se dijo que “las cantidades de obra correspondientes a est[os] documento[s] no generan mayor permanencia de obra y se mantienen para todos los efectos los precios unitarios inicialmente pactados”.

Ahora bien, aunque las mayores cantidades de obra establecidas entre el 20 de agosto de 2009 y el 14 de enero de 2010, en principio, se entenderían cubiertas por el plazo del contrato hasta ese momento vigente, la Sala observa que para culminar la ejecución de las mayores cantidades de obra incluidas con posterioridad, se hacía necesario prorrogar nuevamente el plazo del contrato y en este orden de ideas se habrán celebrado los contratos adicionales Nos. 5, 6 y 7.

Dicho de otra manera, la Sala infiere que los contratos adicionales Nos. 5, 6 y 7 tuvieron lugar para la ejecución de las obras adicionales. En este sentido se observa el oficio de **27 de enero de 2010** dirigido por la interventoría al Secretario de Infraestructura Pública de Boyacá¹²², entre otras, para dar traslado *“(…) del oficio entregado por el contratista del 27 de enero de 2010 por medio de la cual (...) solicita una adición en el plazo contractual por seis meses con el fin de completar la meta física. Al respecto emitimos concepto favorable, pues se requiere de este plazo para la ejecución de las mayores cantidades de obra aprobadas y de las actividades necesarias para la pavimentación de la carretera Maripi – Muzo, en el tramo 03 del PR15-220 al PR24 + 220, departamento de Boyacá”*.

Al respecto debe preverse que la solicitud del contratista fue coadyuvada por el Secretario de Infraestructura Pública de Boyacá, que el **24 de febrero de 2010** solicitó la ampliación

¹²¹ Fls.36 del Tomo VI (CD 2)

¹²² Fls.211-212 y 325- 327 C.3

del plazo de ejecución del Contrato No. 312 de 2007 en 6 meses con el fin de que “se ejecuten las mayores cantidades de obra en el mejoramiento y pavimentación de la carretera Maripi – Muzo”¹²³.

Luego de lo cual, tuvo lugar la suscripción del Contrato Adicional No. 5 (**25 de febrero de 2010**) que, como se sabe, prorrogó el plazo de ejecución del contrato en el término de 6 meses.

Y lo propio ocurrió frente a la Adición No. 7 (**12 de noviembre de 2010**) que, según se observa del material probatorio obrante en el plenario, se encuentra precedida por la solicitud elevada el **2 de noviembre de 2010**¹²⁴ por la sociedad contratista ante el Secretario de Infraestructura del Departamento, para una “*adición en el plazo contractual por ciento treinta (130) días calendario [en razón] al fuerte invierno que se está presentando en la zona, ha sido imposible avanzar normalmente en la ejecución de las obras faltantes para la culminación de la meta física contractual*”.

Por otra parte, como también se anunció, debe preverse que el pacto de las mayores cantidades de obra, en la forma en que aquí se presentaron, evidencian un flagrante desconocimiento al principio de planeación que debe preceder a la celebración de todos los contratos estatales, pues, para la Sala no es comprensible que luego de celebrado y ejecutado el 95% del proyecto, las partes prevean que las cantidades de obra contratadas no coincidan con las requeridas y necesarias para satisfacer el objeto del contrato y sea necesario celebrar 8 modificaciones para incluir cantidades de obra adicionales y adicionar un plazo de ejecución en un término mayor al inicialmente pactado, esto es, 12 meses y 10 días más, para culminar las mayores cantidades de obra.

En síntesis, la ejecución de las mayores cantidades de obra dieron lugar a los adicionales 5, 6 y 7 y se tradujeron en un total de 12 meses y 10 días que determinaron el plazo de vigencia del contrato en un total de 41 meses y 10 días, es decir, 29 meses y 10 días adicionales al plazo inicialmente pactado, el cual finalizó con el **acta de entrega y recibo final de las obras** suscrita el **25 de marzo de 2011**¹²⁵, fecha en la cual se determinó que el contratista ejecutó el 100% de la obra, por un valor total de \$11.259.546.404 discriminados así:

Concepto	Valor
Valor inicial del contrato	\$6.129.469.152.52
Adición del contrato	\$3.511.333.912.00
Mayor cantidad de obra	\$1.618.743.38.78
TOTAL	\$11.259.546.404

¹²³ Fls.210 C.3

¹²⁴ Fls.177 del Tomo VI (CD 2)

¹²⁵ Fls.68-71 C.2 y CD 1

Momento en el cual, además, la contratista hizo entrega a la entidad (a través de la interventoría) de la suma de **\$217.032.175**.

Así las cosas, finalmente sobre las mayores cantidades de obra debe preverse que ni ellas ni las adiciones que cobijaron su ejecución dan lugar a reclamación alguna en cabeza de la contratista pues, como antes se había señalado, en cada una de las modificaciones se dijo que las cantidades de obra adicionadas no generarían mayor permanencia ni afectarían los precios unitarios inicialmente pactados, de manera que no incrementarían el valor del contrato. E, igualmente, en los contratos adicionales se especificó que *“las demás cláusulas contractuales continua[ban] sin adición o modificación alguna”*.

Al respecto debe preverse que, hasta aquí, la contratista no efectuó salvedad alguna frente a las condiciones pactadas ni informó a su co-contratante la existencia de un posible desequilibrio en la ecuación financiera del contrato, de modo que, así como en los demás eventos, aquí tampoco hay lugar al reconocimiento de sobrecostos generados por la mayor permanencia para la ejecución de las cantidades de obra adicionales ni a sobrecostos en los precios unitarios inicialmente pactados, por cuanto así lo acordaron las partes, sin ninguna salvedad ni reclamación por parte de la demandante.

De modo que debe entenderse que hasta aquí las modificaciones al Contrato No. 312 de 2007 fueron expresas y en ellas no se incluyó el reconocimiento de mayores costos, por el contrario, el valor de los precios unitarios inicialmente pactado siempre estuvo salvaguardado y así lo aceptó la contratista quien ni en la inclusión de mayores cantidades de obra, ni en los adicionales, ni en el acta de entrega y recibo final informó a su contratante los sobrecostos que hoy reclama ante la jurisdicción, sino que fue sólo hasta el **10 de mayo de 2011**, cuando se suscribió el acta de **liquidación bilateral**, que la sociedad Galvis Fracassi compañía S en C, dejó la siguiente anotación:

“El contratista solicita a la contratante se incluya dentro de la presente liquidación el reajuste de precios para alcanzar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, cuya ecuación se vio afectada con ocasión de las variaciones de precios que debió soportar el contratista durante la prolongación en tiempo por aumento del plazo de ejecución, inicialmente previsto en 12 meses y prolongado por razones ajenas al contratista a 41 meses; reajuste de precios calculado en la suma de \$1.503.166.362.00. En atención a que el departamento expresa que no hay lugar al reajuste de precios solicitado. El contratista expresa su inconformidad con tal determinación y manifiesta que acudirá ante el organismo jurisdiccional competente para reclamar dicho reajuste, estimado en la suma de \$1.503.166.362.00”.

Visto esto la Sala advierte que, incluso para el momento en que tuvo lugar la liquidación bilateral del Contrato No. 312 de 2007, ya resultaba extemporánea la reclamación efectuada por la contratista porque, como viene de exponerse, en la suscripción de los

contratos adicionales y de las modificaciones que incluían mayores cantidades de obra la contratista no manifestó salvedad alguna ni informó a la entidad la situación de desequilibrio que las prórrogas conllevaban para la ejecución del contrato.

Por el contrario, también pudo verse que en cada una de las modificaciones y adiciones efectuadas al Contrato 312 de 2007 las partes expresamente estipularon que ellas no causarían incremento alguno en el valor del contrato y así lo pactó la contratista, de modo que si algún incremento hubo, este fue un riesgo que asumió la sociedad Galvis Fracassi compañía S en C, al suscribir los contratos sin salvedad alguna.

A la sazón, también se dijo que resulta contrario a la buena fe objetiva que al finalizar la relación contractual la entidad contratante se vea sorprendida por su contratista con una situación de desequilibrio que no fue informada oportunamente, pues la única reclamación que en este sentido se efectuó, tuvo lugar el **18 de abril de 2008**, y fue negada por la entidad mediante comunicado del **16 de junio de 2008**, luego de lo cual no hubo ninguna reclamación de la contratista quien, al contrario, el **15 de agosto siguiente** suscribió el primer contrato adicional, se insiste, sin ninguna salvedad y bajo la estipulación expresa: “sin que esto ocasione mayores costos en los precios unitarios del contrato (...) Las demás cláusulas continúan vigentes sin modificación alguna”.

Y, en el mismo sentido, en aplicación de las reglas de la buena fe contractual debe preverse que no le es dable a la contratista desconocer el acuerdo por ella celebrado, según el cual, las adiciones y modificaciones introducidas al Contrato 312 de 2007 no generarían mayores costos ni alterarían las condiciones inicialmente pactadas, pues ello conduciría al desconocimiento de sus propios actos, que fueron manifestados de manera inequívoca en cada una de las adendas y conllevan a que la entidad confiara en tal manifestación de voluntad para entender definidas las reglas de la relación contractual.

Por otra parte, debe preverse que no es del todo cierto que las prórrogas hayan tenido lugar por causas externas a la contratista, pues como también se vio, la primera prórroga (Adición No. 1) tuvo lugar porque la contratista reportaba un atraso de 90.12% en la ejecución de la obra.

Las Adiciones 2 y 3 hacen alusión a la ola invernal, pero en cada una de ellas también se estableció: “sin que esto ocasione mayores costos en los precios unitarios del contrato (...) Las demás cláusulas continúan vigentes sin modificación alguna”.

La Adición No. 4, se dio porque la contratista había solicitado un aditamento presupuestal para culminar con la ejecución de la obra, que finalmente se pactó en la suma de \$3.511.333.912,00 .

Y como viene de decirse, las adiciones 5, 6 y 7 se hicieron necesarias para ejecutar las mayores cantidades de obra pactadas, las cuales se pactaron bajo la condición expresa de que estas “modificaciones no incrementan el valor del contrato ni alteran su objeto” o en otras palabras, también se dijo que “las cantidades de obra correspondientes a est[os] documento[s] no generan mayor permanencia de obra y se mantienen para todos los efectos los precios unitarios inicialmente pactados”.

Ahora bien, con relación a las mayores cantidades de obra debe preverse que desde el pliego de condiciones se observa que las cantidades de obra por ejecutar eran aproximadas y se podían aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra, bajo la obligación en cabeza del contratista de ejecutar las mayores cantidades de obra que resultaran necesarias, a los mismos precios de la propuesta inicial, salvo que se presentaran circunstancias imprevisibles que afectaran el equilibrio económico del contrato, las cuales no han quedado acreditadas en el plenario.

Además, también se estableció en el pliego de condiciones que dentro de la ejecución del contrato le correspondía a la contratista la realización de los estudios y diseños y se estableció en cabeza suya la responsabilidad de determinar las cantidades de obra necesarias para la ejecución del objeto contractual, y expresamente se dijo que *“El contratista será el único y exclusivo responsable de los diseños definitivos y de cualquier error contenido en los mismos. En consecuencia, deberá adecuar y/o modificar en cualquier momento de la ejecución del contrato los diseños definitivos presentados, a su costo y bajo su responsabilidad, con el objeto de dar cumplimiento a los resultados previstos en el presente pliego y en el contrato”*

Visto esto, es evidente que los riesgos y costos correspondientes a las mayores cantidades de obra eran un ítem expresamente asumido por la contratista desde la presentación de su propuesta inicial, con la cual se aceptaron todas las condiciones del mencionado pliego. Sin embargo, al respecto no debe pasarse por alto que el contratista se vio beneficiado con dos adiciones presupuestables, que finalmente convirtieron el valor del contrato inicial pactado en **\$6.129.469.152.52**, en un valor total de **\$11.259.546.404**.

De esta forma, resta señalar que, como también se dijo, en el caso de autos es evidente el flagrante desconocimiento por parte de los contratantes del principio de planeación; pues se observa que el Contrato No. 312 de 2009 se celebró sin contar con los criterios mínimos que desarrollan este principio, porque a la fecha de la convocatoria y suscripción no existían diseños reales de la obra, situación que llevó su celebración y ejecución por el camino de improvisación y la mediocridad que, finalmente, se tradujeron en la necesidad de prorrogar el plazo del contrato en un término que triplicó el inicial, un valor final que

prácticamente duplicó el inicial y en 8 modificaciones para incluir mayores cantidades de obra que requirieron de 4 contratos adicionales.

Al respecto, igualmente se dijo que de conformidad con el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993, al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales los particulares fungen como colaboradores de la administración, y en tal sentido éstos también están obligados a cumplir con el principio de planeación mediante la observancia en su propuesta inicial de los parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado y jurídicos que aseguren la adecuada ejecución del objeto contractual.

De manera que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración quienes, además, deben poner de presente las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas antes de la suscripción del contrato y no aventurarse a participar en la celebración de contratos en los que se evidencie que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas; pues infringen la ley no sólo la entidad estatal sino también el contratista al celebrar un contrato con serias fallas de planeación puesto que esto indica que el objeto contractual no podrá realizarse o será muy difícil realizarlo en el tiempo prefijado, se itera, porque tanto la contratante como su contratista habrán fallado en el procedimiento previo a la formación del contrato.

De manera que, previo a presentar su propuesta inicial, correspondía a la contratista: comprobar las condiciones del terreno y si la obra contratada correspondía a aquella cantidad determinada para satisfacer las necesidades que justificaban la celebración del contrato y así establecer si las cantidades de obra a contratar correspondían con las requeridas en el terreno y si ellas podían ejecutarse en el tiempo previsto en el pliego de condiciones, así como la suficiencia del presupuesto para su ejecución. Y de acuerdo con esto, es el contratista quien decide si asume o no las obligaciones que el pliego de condiciones ofrece.

En este orden de ideas, el momento de elaborar la propuesta inicial no se trata simplemente de ajustarse a las condiciones del pliego de la licitación como erradamente lo hace ver la demandante, sino que ello implica una evaluación minuciosa de las condiciones de viabilidad y oportunidad del negocio, pues no hacerlo conlleva, además, a incurrir en culpa grave, que en los términos del artículo 63 Código Civil se entiende como *“no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa esta que en materia civil equivale al dolo, según las voces de la norma en cita”*¹²⁶.

¹²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, Rad. 27.577.

Así las cosas, la culpa o negligencia grave es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones, de manera que esta es la clase de culpa que resulta atribuible a los contratistas que, pese a su profesionalismo y calidad de colaboradores de la administración, omiten emplear la diligencia que una persona común hubiera previsto para elaborar las propuestas con las que pretenden vincularse a las entidades estatales. Y como es sabido, a nadie le es dable sacar provecho de su propia culpa.

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda por las razones aquí expuestas, esto es, porque no se encuentran acreditadas las circunstancias que dan lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, principalmente, porque no se realizaron las solicitudes, reclamaciones o salvedades de los hechos alegados como generadores de la ruptura del equilibrio financiero, dentro de los criterios de oportunidad y del principio de buena fe objetiva o contractual, esto es, cuando se suscribieron las adiciones y modificaciones contractuales.

Además, porque una buena parte de las situaciones que dieron lugar a las prórrogas son imputables a la contratista y, sin embargo, en cada una de ellas expresamente se acordó que no generarían sobrecostos para la entidad contratante y no cambiarían las condiciones inicialmente pactadas; como también se pactó en las modificaciones que incluyeron mayores cantidades de obra, las cuales resultaron imputables a la contratista, por lo que se constituyeron en un riesgo propio de la actividad que debía ser asumido por ésta última, quien, se insiste, en desarrollo de las reglas que forman parte de la buena fe contractual no puede hoy ir en contra de sus propios actos y acuerdos para pretender por vía judicial obtener un reconocimiento económico adicional al contenido en el contrato, en desmedro de su co-contratante, sobre situaciones frente a las cuales ni siquiera se observó el deber de información y oportunidad de las reclamaciones.

Igualmente, porque las situaciones alegadas como desequilibrantes son consecuencia directa del desconocimiento al principio de planeación que era atribuible no solo a la entidad demandada sino también a la contratista, quien tampoco podría en este escenario obtener un provecho de su propia culpa.

6. Condena en costas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 *“salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en*

costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

De manera que al acudir a la norma de procedimiento civil, esta es el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), el artículo 365 señala, entre otras, las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

Conforme con lo anterior, y teniendo en cuenta que para determinar la cuantía de las agencias en derecho deben aplicarse las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura y que si aquellas establecen solamente un mínimo o un máximo, se tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado que litigó, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder al máximo de dichas tarifas, procede la Sala a liquidar las costas a imponer.

Así las cosas, se procede a dar aplicación a un test de proporcionalidad para la fijación de las agencias en derecho, el cual tiene una división tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Para los efectos de esta providencia se trata de un test de razonamiento judicial que comporta la conjugación de estos tres escenarios a fin de tasar una condena, de manera que cuando la conducta motivadora de la imposición de las agencias en derecho constituya una vulneración de mayor entidad a la administración de justicia se aplicará la sanción pecuniaria más estricta posible. Así:

	Idoneidad	Necesidad	Proporcionalidad en estricto sentido
	Se refiere a la existencia fáctica de una afectación a un interés legítimamente tutelado por el ordenamiento jurídico, que para el caso de las	El criterio jurídico de la necesidad en el test de proporcionalidad comporta una valoración de grado o intensidad. Comoquiera que al abordar este escenario se parte del supuesto de que existe una afectación, el ejercicio valorativo en esta instancia se contrae a precisar el grado de intensidad de esa afectación, en donde acabe distinguir	El último supuesto del escenario del test de proporcionalidad es el correspondiente a la tasación que se le debe asignar a cada uno de los niveles de afectación a la administración de justicia, esto es, en los niveles leve,

<p>Exigencias fácticas</p>	<p>agencias en derecho lo constituye la afectación que se causó al acceso a la administración de justicia.</p> <p>Debe advertirse que la satisfacción del primer supuesto del test se encuentra en la respectiva sentencia que desató la controversia pues, el legislador previó que es en dicha oportunidad en que el Juez puede pronunciarse sobre la imposición o no de la condena en costas.</p>	<p>tres supuestos de intensidad:</p> <p>a) Afectación leve a la administración de justicia. Se configura cuando el fundamento de la afectación supone un simple desconocimiento de aspectos elementales de la formación jurídica.</p> <p>b) Afectación gravísima a la administración de justicia. Se constituye por la realización de reiteradas conductas dilatorias del proceso y que obstruyen el transcurrir del proceso judicial y las diligencias respectivas.</p> <p>c) Afectación gravísima a la administración de justicia, en donde, además del anterior supuesto, se presentan perjuicios a terceros.</p>	<p>grave y gravísima a la administración de justicia.</p> <p>a) Afectación leve. Esta tasación va hasta el 1,66% del valor de las pretensiones de la demanda.</p> <p>b) Afectación grave. A este escenario corresponderá una condena entre 1,67% y 3,32%.</p> <p>c) Por último la configuración del tercer supuesto de intensidad, el gravísimo, comportará una tasación que oscilará entre el 3,33% y el 5%.</p>
-----------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Empero lo anterior no resulta suficiente para determinar la tasación de la condena a imponer, pues, el Acuerdo 2222 de 10 de diciembre de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, concede un margen de movilidad dentro del cual el Juez debe fijar la condena por concepto de agencias en derecho, y que en el caso de procesos en segunda instancia corresponde *“Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”*.

Ahora, atendiendo a los 3 criterios referidos y a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por los accionantes a lo largo del proceso la Sala considera fijar las agencias en derecho en un 1% del monto de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 20 de agosto de 2015¹²⁷ proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que resolvió negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte actora, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad demandante en el 3% del valor de las pretensiones, a título de costas, conforme a lo dispuesto en la parte motiva. Líquidese por secretaría.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

¹²⁷ Fls.156-182 C.P

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado
Aclaró voto

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaró voto Cfr. Rad.
Av. 55863/17#2

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente