

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 680012333000201300118 01 (52.666)

Demandantes: Argoz Construcción Obras Civiles S.A y otros.

Demandado: Instituto Nacional de Vías – INVIAS.

Medio de control: Controversias contractuales (Sentencia)

Contenido: Descriptor: Niega las pretensiones de la demanda porque no se encuentran acreditados los elementos que hacen procedente el reconocimiento del desequilibrio económico del contrato estatal, toda vez que el contratista no hizo las salvedades referentes al desequilibrio por él evidenciado en la respectiva oportunidad contractual, no se encuentran acreditados los demás elementos que configuran el desequilibrio económico del contrato estatal y el acta de liquidación bilateral es un negocio jurídico que no puede ser desconocido por las partes. **Restrictor:** La pretensión por desequilibrio económico del contrato / La necesidad de prueba idónea del vínculo ente la situación fáctica alegada y el desajuste o ruptura grave del equilibrio económico del contrato / Oportunidad de las reclamaciones en materia contractual – Salvedades / El principio de buena fe contractual / La liquidación de los contratos estatales - liquidación bilateral como negocio jurídico, inexistencia del negocio jurídico

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora¹ contra la sentencia del 3 de julio de 2014² proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que resolvió negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a las demandantes.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 14 de diciembre de 2012³⁴, las sociedades miembros del Consorcio **KGO - Argoz Construcciones y Obras Civiles S.A, G & M Construcciones y Vicpar S.A.**, por intermedio de apoderado judicial⁵, presentaron demanda en contra del **Instituto Nacional de Vías – INVIAS** para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

1.1.- Que se ordene al INVIAS revisar el contrato No. 3490 de 2007 suscrito con la parte demandante y el cual tiene por objeto el *“mejoramiento y mantenimiento de la carretera Bucaramanga – San Alberto sector PR70-PR093 + 0654 ruta 54 tramo 45ª – 08 departamento de Santander”*.

¹ Fls.631-642 C.P

² Fls.621-626 C.P

³ Fls.1-67 C.1

⁴El día **27 de octubre de 2011** la parte demandante presentó solicitud de audiencia de conciliación extrajudicial, la cual se llevó a cabo el **23 de enero de 2012** y se declaró fallida por la inasistencia de la parte demandada, según se observa en la constancia proferida el **27 de enero de 2012** por la Procuraduría 158 Judicial II para Asuntos Administrativos. (Fls.19 C.1)

⁵ Flsl.43-44 C.1

1.2.- Que se declare la nulidad del acta de liquidación del mencionado contrato.

1.3.- Que se ordene el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato No. 3490 de 2007.

1.4.- Que se reconozca el pago de los *“mayores costos del asfalto que no fueron reconocidos a los contratistas demandantes y que afectaron de manera evidente el equilibrio económico del contrato, los cuales ascienden a la suma de quinientos nueve millones doscientos dos mil ochocientos setenta y ocho pesos (\$509.202.878)”*.

1.5.- Que se condene al INVIAS a pagar a favor de las sociedades demandantes *“el valor de los perjuicios de orden material o a la reparación del daño causado – daño emergente y lucro cesante – que le fueron ocasionados, los cuales ascienden aproximadamente a la suma de ciento diez millones de pesos M/L (\$110.000.000) (o de conformidad con lo probado en el proceso)”*.

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

El día **31 de diciembre de 2007** el consorcio KGO (conformado por las sociedades Argoz Construcciones Obras Civiles S.A, G & M Construcciones S.A y Vicpar S.A) suscribió con el INVIAS el contrato No. 3490 de 2007 el cual tenía por objeto *“el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Bucaramanga – San Alberto Sector PR70 – PR093+0654 ruta 45 tramo 45ª – 08, departamento de Santander”*. El término pactado fue de 12 meses contados a partir de la orden de iniciación.

El **4 de abril de 2008** el consorcio KGO y el INVIAS modificaron el objeto del contrato en el sentido de *“aclarar que el sector donde se ejecutaron las obras fue del PR80 + 000 al PR93+0654 ruta 45 tramo 45ª 08”*; y que como anticipo se *“concedería hasta un 50% del valor básico del contrato con cargo a la vigencia de 2008”*.

El **10 de marzo de 2009** las partes suscribieron el contrato adicional No. 1 por medio del cual se *“prorrogó el contrato en dos meses, es decir hasta el 10 de marzo de 2009 (sic) y adicionar el valor en mil doscientos millones de pesos, incluido el IVA para un total de seis mil doscientos ochenta y tres millones seiscientos treinta y cinco mil novecientos treinta y nueve pesos (\$6.283.635.939.00) moneda corriente”*.

Finalmente, el **6 de diciembre de 2010** las partes liquidaron el contrato No. 3490 de 2007.

2.1.- Hechos generadores de desequilibrio de la ecuación económica del contrato de obra No. 3490 de 2007⁷:

“3.11.- De acuerdo con el estudio realizado por el Consorcio y el cual fue expuesto oportunamente por su representante legal, se obtuvo un desequilibrio económico en contra del contratista de obra por la suma de \$509.202.878,53, debido a que las condiciones de costos al momento de proponer se modificaron ostensiblemente por situaciones no imputables al contratista como son las siguientes (...):

- Tiempo transcurrido desde el momento de presentar la propuesta en la respectiva licitación hasta el inicio de los trabajos.

- La situación económica del país, en donde el control de la inflación y las políticas macroeconómicas son de potestad del Estado y la previsión sobre el comportamiento global y doméstico de la economía, no ha sido posible prever o predecir en forma aceptada ni por los más eminentes economistas.

- Precios internacionales del petróleo y sus sub derivados presentan variación de precio a la alza casi a diario, incrementando con ello los costos de los asfaltos y de los combustibles. Esta situación está claramente establecida en los registros de los precios de Ecopetrol los cuales se presentaron en la tabla No. 13.

3.12.- El precio del asfalto para las condiciones de la propuesta del Consorcio KGO presentaba un valor de \$742.644.000 a partir de marzo de 2007 (fecha de inicio de obras) se presentaron incrementos sucesivos del precio en forma exagerada, situación no prevista en el momento de presentar la propuesta y ya en la ejecución de la obra el asfalto presentó un valor por tonelada de \$1.150.405.00 lo que representó un incremento del 55% sobre el valor de la propuesta inicial, situación que no está reflejada en los índices de predios para la construcción pesada reportada por el DANE”.

3. El trámite procesal

3.1- Admitida la demanda⁸ y noticiado el Instituto Nacional de Vías – INVIAS⁹, 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 a la solicitud de nulidad del acto administrativo de liquidación del contrato objeto del litigio que goza de presunción de legalidad ya que no existe dentro del proceso medio probatorio alguno tendiente a desvirtuarla.

2.- Con relación al desequilibrio económico alegado por la parte demandante:

2.1.- El contratista obró con imprevisión y negligencia, razón por la cual es a él a quien le corresponde soportar los efectos nocivos de su acto:

“Si se examina el presupuesto oficial del proceso licitatorio que dio origen al contrato No. 3490-2007 y el mismo se confronta con el valor ofertado y que se constituyó en el valor final del contrato, bien se puede evidenciar que el contratista se bajó en un

⁶ Fls.2-5 C.1

⁷ Fls.3-4 C.1

⁸ Fls.97 C.1

⁹ Fls.98-99 C.1

¹⁰ Fls.35-114 C.1

20.11% que representa un valor del orden de los 1.200 millones de pesos. Frente a ello y atendiendo a lo manifestado por el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 19 de junio de 1996, con ponencia del Dr. Jesús María Carillo Ballesteros, expediente 4868, indicó entre otros aspectos que el afán del proponente para obtener a su favor la licitación, exagerando en la concesión de beneficios, bien lo puede colocar en serias dificultades (...)

Desde otra óptica y sobre el mismo aspecto cabe preguntarse si un contratista prudente y diligente, afectado por una alteración anormal de los ítems más representativos del contrato (mezcla asfáltica), aceptaría de común acuerdo suscribir un contrato adicional en valor el 10 de marzo de 2009, cuando los precios del mismo no corresponden según su dicho a precios normales de mercado? Si lo aceptara y tal como se ha reafirmado en esta contestación sería con el exclusivo interés de obtener la adición del mismo para posteriormente pedir reajuste de precios o lo que es **peor** acudir a la jurisdicción reclamando un desequilibrio económico inexistente”.

2.2.- No existió un alza generalizada de materiales:

“El mayor porcentaje de inversiones en las actividades ejecutadas estuvo representado en un 65.16% por mezcla asfáltica en caliente (mezcla densa en caliente tipo MDC – 2 con asfalto modificado tipo III, mezcla densa en caliente MAN, con asfalto de alto módulo tipo V y mezcla densa en caliente tipo MDC – 1), que corresponden a actividades no previstas cuyos precios fueron presentados por el consorcio contratista y aprobados por el contratante mediante oficio SRN 37931 del 23 de septiembre de 2008, lo cual indica que tales precios reflejan el valor real del mercado para la zona en relación con los insumos provenientes del petróleo (asfaltos) para la fecha en que fueron tramitados, precisando que para ese momento el valor del asfalto se encontraba en el precio más alto.

El 65.16% de las actividades ejecutadas convirtieron a la mezcla referida en los ítems de obra más representativos del contrato. En concreto, ¿cuál detrimento patrimonial? ¿Cuál desequilibrio económico? En los ítems más representativos, si antes de que el contratista presenta el precio no previsto de mezcla densa en caliente referida, ya se habían presentado las variaciones de precio que inexplicablemente refiere al actor. (...).”

Por último, la Entidad demandada propuso como excepción la “inexistencia del derecho reclamado” por cuanto consideró que no “puede predicarse una alteración en el equilibrio económico del contrato pues como ya se dijo los ítems más significativos en la ejecución de las obras fueron aprobados en fecha donde el valor del asfalto estaba en el precio más alto”.

3- Audiencia inicial, de pruebas y alegatos de conclusión

3.1.- El **22 de octubre de 2013** se llevó a cabo la audiencia inicial¹¹, en la que el Tribunal Administrativo de Santander saneó el proceso, fijó el litigio y decretó las **pruebas** solicitadas por la parte demandante y la entidad demandada.

3.2.- El día **20 de febrero de 2014**¹² se llevó a cabo la audiencia de pruebas en la que se practicaron los medios probatorios decretados anteriormente.

¹¹ Fls.221-224 C.1

3.3.- A continuación, 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 Público para que rindiera el concepto de rigor¹³. Oportunidad que fue aprovechada por la Entidad demandada¹⁴ y la parte demandante¹⁵.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Como se anotó *ab initio* de esta providencia, el **3 de julio de 2014** el Tribunal Administrativo de Santander negó las súplicas de la demanda.

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

1.- Con relación a la declaratoria de nulidad del acta de liquidación bilateral del contrato suscrito entre las partes manifestó que *“si bien es cierto, el acta de liquidación de un contrato, puede ser invalidada por vicios del consentimiento, esto es, el error, fuerza o dolo, en el caso que nos ocupa, no puede acometerse el estudio de la misma por alguno de los vicios mencionados pues ningún cargo se esgrime en la demanda que apunte a controvertir la citada acta”*.

2.- En cuanto al desequilibrio económico alegado por la parte actora sostuvo que:

“Examinada el acta de liquidación final del contrato de obra pública No. 3490 012 07, objeto de este proceso – Fl. 29 y 30 – se observa que en la misma en la casilla correspondiente a descripción del contrato existe un renglón destinado a los ajustes que se encuentra en blanco. El acta está suscrita por el Subdirector Red Nacional de Carreteras, el Secretario General Técnico y el representante legal del consorcio KGO. En la misma se estampa el siguiente sello: “la presente acta de liquidación del contrato No. 3490 -07 se firma sin observaciones el día 6 de diciembre de 2010”.

Lo anterior significa que no es viable acudir a la jurisdicción con amparo en el contrato, para reclamar judicialmente sobre un resarcimiento del que no se dejó ninguna observación en el acta.

Y no es posible admitir la postura de la parte demandante en cuanto a que, el hecho de haber dejado el renglón respectivo en blanco, significa quedaba a salvo el derecho a reclamar, porque, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia, los reparos deben ser concretos, no genéricos, ni habilita para demandar el que se señale “me reservo el derecho a reclamar por los pagos no incluidos en la presente acta”, porque en tal caso no se concreta de manera alguna, no se puntualiza el porqué de la inconformidad”.

¹² Fls.470 C.1

¹³ Mediante auto del **10 de abril de 2014** el Tribunal de Primera Instancia resolvió correr traslado a las partes por el término de 10 días para que presenten sus alegatos de conclusión (Fls.580 C.1); no obstante la parte demandante por medio de escrito del **23 de abril de 2014** presentó recurso de reposición en contra de la providencia en cita (Fls.583-589 C.1) el cual fue resuelto por el *A quo* mediante auto del **14 de mayo de 2014** en el sentido de no reponer la decisión en cuestión. (Fls.595-596 C.1)

¹⁴ Fls.601-605 C.1

¹⁵ Fls.606-620 C.1

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El 21 de julio de 2014, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación¹⁶ en el que solicitó que se revoque la sentencia proferida el 3 de julio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Santander por los siguientes motivos:

- Con relación a la no realización de observaciones frente al desequilibrio económico del contrato en el acta de liquidación bilateral consideró que teniendo en cuenta los diversos oficios enviados al INVIAS y el testimonio del Ingeniero José Joaquín Lara Ruíz se encuentra demostrado que:

“el contratista estuvo ejecutando varios contratos en la época de ejecución de que hoy se cuestiona y que fueron varias las solicitudes en las que él insistió que el INVIAS le reconociera y pagara los mayores valores de los insumos en todos esos contratos mencionados, pero por las respuestas dadas por los funcionarios del INVIAS entendió que dichos reconocimientos no los podía hacer la Entidad por la naturaleza del contrato, es decir, por haber pactado el precio del contrato sin ajustes (...).

Véase cómo el contratista presentó sus solicitudes y se quedó esperando que el INVIAS respondiera y mientras tanto ejecutó el contrato cumplidamente, esto es, cumplió con todas sus obligaciones contractuales sólo hasta el 1 de julio de 2009 recibió la respuesta mediante oficio 27429 del 1 de julio de 2009, suscrito por Carlos Julio Romero Antury, Subdirector de la Red Nacional de Carreteras y el 28 de julio del mismo mes suscribió el acta de entrega y recibo definitivo de la obra, es decir, no sucedió nada extraordinario, no le fueron reconocidos ningunos valores adicionales ni le fue compensado su desequilibrio económico.

Quiere decir lo anterior, que la realidad que se evidencia es muy distinta a lo plasmado en el acta de liquidación bilateral, y esta realidad está por encima de lo formal y es esto precisamente lo que se pretende con este proceso, que la economía del contrato se revise, esto es, la realidad del mismo, se analice el estudio técnico realizado por el perito, se comparen las condiciones en las cuales se inició el contrato y las condiciones de su ejecución”.

- En el caso concreto, se presentó un acto imprevisto, esto es, una circunstancia extraordinaria, posterior y sobreviniente a la celebración del contrato consistente en la “*variación [del precio] de los insumos*” la cual alteró la ecuación económica – financiera del negocio en perjuicio del contratista.

En virtud de lo anterior, se debieron aplicar los fundamentos constitucionales sobre el principio de igualdad de todos ante las cargas públicas.

- El apelante solicitó la revisión de las condiciones del contrato, “*las variaciones e imprevisiones que sucedieron, la liquidación bilateral del mismo, y que con fundamento en la prueba pericial que se obtuvo y la documental, decida sobre la existencia de la obligación del INVIAS de revisar el contrato, e incluir dentro de la liquidación bilateral, la cual en principio goza de intangibilidad,*

pero con las pruebas allegadas al proceso procede en este caso declarar la existencia de las obligaciones a favor del contratista, no incluidas en la liquidación, pues se dejó expreso que el Instituto no le reconoció ningún valor sobre reajustes, y que sí se dieron conforme a la prueba pericial y documental, por lo tanto debe accederse a nuestras pretensiones, se reitera, a revisarse el contrato y declararse la nulidad de la misma para ser re liquidado el contrato, esto es, para que se incluya el pago del respectivo reajuste”.

- Igualmente, la parte actora consideró que no actuó de mala fe, sino con el convencimiento de que tenía derecho al reconocimiento de la indemnización respectiva por el desequilibrio económico por ella padecido, razón por la cual solicitó que se revoque la condena en costas.

- Por último la parte demandante solicitó el decreto y practica del testimonio del Ingeniero José Joaquín Lara Ruiz el cual no fue posible rendir en primera instancia; las demás pruebas de oficio que se requieran para el esclarecimiento de los hechos; y allegó junto con su escrito de apelación, una serie de oficios tendientes a demostrar el desequilibrio económico del contrato objeto del proceso.

El **21 de agosto de 2014** el Tribunal de Primera Instancia concedió el recurso de apelación¹⁷.

El **27 de agosto de 2014** la parte demandante reiteró su solicitud consistente en la práctica del testimonio del Ingeniero José Joaquín Lara Ruiz¹⁸. Petición que fue negada por el Tribunal de Primera Instancia mediante auto del **10 de septiembre de 2014**¹⁹.

V. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El **2 de diciembre de 2014** esta Corporación admitió el recurso de alzada²⁰ y el **2 de febrero de 2015** resolvió admitir la solicitud probatoria requerida por la parte demandante²¹.

El día **28 de julio de 2016**²² se llevó a cabo la audiencia de alegatos de conclusión, pero a petición del Ministerio Público²³ se decretó la nulidad del auto que corrió traslado, por falta de pronunciamiento sobre las pruebas aportadas por la parte demandante²⁴, y mediante auto del **22 de agosto de 2016** este Despacho resolvió tener como prueba los documentos allegados por la parte actora junto con el recurso de apelación²⁵.

¹⁶ Fls.631-642 C.P

¹⁷ Fls.669 C.P

¹⁸ Fls.673-674 C.P

¹⁹ Fls.676 C.P

²⁰ Fl.683 C.P

²¹ Fls.684-686 C.P

²² Fls.716 C.P

²³ Fls.720-722 C.P

²⁴ Fls.723-725 C.P

²⁵ Fls.728-730 C.P

Por último, el día **1 de septiembre de 2017** se llevó a cabo la audiencia de **alegatos de conclusión**²⁶, en la que se hizo presente el apoderado **de la parte actora** y manifestó que existen en el expediente oficios que no fueron valorados por el *A quo*, en los que se evidencia que el INVIAS dejó abierta la posibilidad para el contratista de reclamar el mayor valor del asfalto por vía de conciliación, los cuales hicieron incurrir en error al contratista que actuó de buena fe y esperó que los costos fueran reconocidos por fuera del contrato.

En este sentido, la parte actora insistió en que la liquidación bilateral del contrato adolece de un vicio del consentimiento por error, y que lo pactado en la correspondiente acta es diferente a la realidad en donde el contratista no estaba de acuerdo con la negativa en el pago de los sobrecostos, ya que el alza en los precios se dio por circunstancias no atribuibles al contratista, quien pese a la situación cumplió con el contrato; frente a lo cual, también reiteró que la imprevisión en el sobrecosto se presentó por la dilación de los términos para el inicio de la obra.

Acto seguido, se escucharon los **alegatos** expuestos por el apoderado **del INVIAS**, quien solicitó negar las pretensiones de la demanda y que se confirme la sentencia de primera instancia, en cuyo efecto reiteró los argumentos presentados a lo largo del proceso, concretándolos en 3 puntos:

1. Tener en cuenta que el INVIAS no violó la normatividad vigente en contratación pública.
2. No puede predicarse alteración del equilibrio porque los ítems fueron aprobados en la fecha en que los valores estaban en los picos más altos, como puede observarse en el documento de septiembre de 2008, donde se aprobó la mezcla con asfalto, que representa los ítems más altos del contrato.
3. La acción contractual no puede prosperar porque en el acta de liquidación el contratista no dejó ninguna constancia de desequilibrio o salvedades a la liquidación. Por el contrario la presente acta de liquidación se firmó sin observaciones, de acuerdo con la voluntad de las partes

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En la misma audiencia de **1 de septiembre de 2017** el señor agente del Ministerio Público conceptuó sobre el asunto bajo estudio y solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, concretando su concepto en 3 ejes fundamentales:

1. El carácter del acta de liquidación del contrato, la cual no cuenta con salvedades lo que implica que no puede ser impugnada judicialmente, por cuanto fue aceptada por las partes.

²⁶ Fls.737 C.P

Este hecho impide la prosperidad de las reclamaciones, por ausencia de salvedades, salvedades que debieron hacerse en forma clara – concreta y específica sobre los puntos de controversia. Lo contrario es ineficaz.

2. El acta de liquidación bilateral sin salvedades es inimpugnable, salvo que tuviera vicios del consentimiento (error – fuerza o dolo), y el vicio del consentimiento propuesto en el recurso de apelación no se encuentra probado, pues el carácter de profesional de los contratistas significa que ellos conocían las implicaciones de las actas de liquidación y el hecho de no establecer salvedades. Ese carácter de profesional hace inexcusable la ignorancia de las consecuencias de no establecer las salvedades.

Además, sobre este punto, el Ministerio Público sostuvo que no se encontró en el expediente el documento que acredite que el INVIAS condujo a error al contratista para suscribir el acta de liquidación bilateral, entre otras, porque el INVIAS no podía comprometerse a algo que desconociera lo pactado en el contrato y lo establecido en la Ley. Contrario sensu, insistió en que el carácter profesional del contratista le permitía tener un valor claro del significado de suscribir el acta de liquidación del contrato sin salvedades y la imposibilidad de hacer reclamaciones judiciales posteriores, porque esta situación es del trato diario de quien se dedica a contratar con el Estado.

3. Improcedencia de la teoría de la imprevisión para el reequilibrio del contrato, toda vez que se carece de los elementos de la misma, pues el aumento del valor del asfalto no era imprevisible, por el contrario, la volatilidad era conocida de manera que el contratista debió adoptar mecanismos de protección financiera, así como establecer que se excedió toda previsión justificable. De manera que lo que ocurrió fue que el contratista hizo cálculos equivocados a la hora de establecer el precio del contrato.

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.- La necesidad de prueba idónea del vínculo ente la situación fáctica alegada y el desajuste o ruptura grave del equilibrio económico del contrato; 3.- Oportunidad de las reclamaciones en materia contractual – Salvedades; 4.- El principio de buena fe contractual; 5.- La liquidación de los contratos estatales - liquidación bilateral como negocio jurídico, invalidez del negocio jurídico; 6.- Caso concreto; 6.1.- El contratista no hizo las salvedades referentes al desequilibrio económico del

contrato por él evidenciado, en la respectiva oportunidad contractual; 6.2.- No se encuentran acreditados los demás elementos que configuran el desequilibrio económico del contrato estatal; 6.3.- El acta de liquidación bilateral es un negocio jurídico que no puede ser desconocido por las partes, cuando no se hicieron salvedades y no se encuentra acreditado un vicio del consentimiento.

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”²⁷.*

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:

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

(...)

3º. 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.

(...)

8º. 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

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de junio de 2011, Expediente 18836.

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.

2.- La necesidad de prueba idónea del vínculo ente la situación fáctica alegada y el desajuste o ruptura grave del equilibrio económico del contrato

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.

Sobre este particular el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

“...cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Bien ha sostenido esta Corporación que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar, existiendo, como atrás se señaló, siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él²⁸ o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos.

A este respecto, se observa que en cierto tipo de contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de administración-imprevistos-utilidad-, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del contrato. En efecto, en los contratos de obra pública, ha manifestado el Consejo de Estado que “en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato”^{29 30}.

3.- 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.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119... (La cita es del texto citado).

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433... (La cita es del texto citado).

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2011, Expediente 18080. (La cita es del texto citado).

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”*³¹ (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 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

³¹ 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).

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 modificatorio que cambia el plazo original dejando las demás cláusulas del contrato incólumes (entre las mismas el precio), no pueden salir adelante las pretensiones de la contratista³²:

*“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 negócias 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

³² 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).

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 actos, o sea “venire contra factum proprium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.”³³

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”³⁴.

“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.”
(...)

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, Expediente 18080.

³⁴ 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).

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 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 financiero³⁵.

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.

4.- El principio de buena fe contractual³⁶

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

³⁵ 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

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 22 de octubre de 2015, Exp. 48.061, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

“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.”³⁷

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”³⁸ 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.³⁹

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 propia”,⁴⁰ 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”⁴¹ o conforme al contrato, pues tales convencimientos son

³⁷ 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).

³⁸ 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).

³⁹ 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).

⁴⁰ 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).

⁴¹ *Ibíd.* (La cita es del texto citado).

*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.*⁴²

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 propia⁴³.

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 contractual⁴⁴.

Asimismo, tampoco es admisible que una de las partes interprete de forma unilateral las cláusulas inicialmente convenidas en el contrato o negocio jurídico estatal con el objeto de satisfacer sus intereses personales, pues aceptar dicha posibilidad no sólo vulneraría los principios que rigen la actividad contractual del estado sino el principio de buena fe objetiva que según los dictados de los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil debe regir toda relación negocial.

Y es que, se itera, el principio de la buena fe objetiva impone fundamentalmente que las partes contratantes respeten y acaten en esencia lo pactado, razón por la cual cualquier actuación desplegada por una de ellas tendiente a interpretar unilateralmente las reglas inicialmente convenidas en perjuicio o desmedro de los intereses de su cocontratante se tornaría totalmente contraria a dicho principio.

⁴² 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).

⁴³ 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).

⁴⁴ 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.

Sobre éste punto es necesario precisar que si bien, por regla general, las partes en un determinado contrato o negocio jurídico de carácter estatal pueden de común acuerdo interpretar las cláusulas allí convenidas con sujeción a las reglas de interpretación previstas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil⁴⁵ en aras de procurar la adecuada y oportuna ejecución del objeto contractual así como la satisfacción de los intereses generales, dicha facultad no puede ser ejercida por el contratista de forma unilateral y arbitraria.

5.- La liquidación de los contratos estatales⁴⁶ - liquidación bilateral como negocio jurídico – Invalidez del negocio jurídico⁴⁷⁻⁴⁸

La liquidación de los contratos estatales se define como aquella actuación posterior a la terminación normal o anormal del contrato⁴⁹, o aquella etapa del contrato que sigue a su terminación, mediante la cual lo que se busca es determinar si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo o en favor de cada una de las partes, para de ésta forma realizar un balance final o un corte definitivo de las cuentas derivadas de la relación negocial, definiéndose en últimas quién le debe a quién y cuanto, bien por las partes de común acuerdo, por la administración unilateralmente o en su caso por el juez, es decir para “dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial”⁵⁰

⁴⁵ ARTICULO 1618. Prevalencia de la intención. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

ARTICULO 1619. Limitaciones del contrato a su materia. Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.

ARTICULO 1620. Preferencia del sentido que produce efectos. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

ARTICULO 1621. Interpretación por la naturaleza del contrato. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.

ARTICULO 1622. Interpretación sistemática, por comparación y por aplicación práctica. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.

ARTICULO 1623. Interpretación de la inclusión de casos dentro del contrato Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.

ARTICULO 1624. Interpretación a favor del deudor. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

⁴⁶ Al respecto ver sentencia de 15 de octubre de 2015, Exp. 49.646.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 26 de noviembre de 2015, Exp. 51.362.

⁴⁸ Al respecto ver sentencia de 15 de octubre de 2015, Exp. 49.646.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008, Exp. 16.293.

⁵⁰ *Ibidem*.

En últimas la liquidación del contrato estatal es una figura o etapa contractual mediante la cual lo que se procura es finalizar la relación negocial mediante la realización de un balance final o un corte definitivo de las cuentas, para determinar quién le debe a quién y cuánto y puede ser de carácter bilateral si se realiza de común acuerdo por las partes, unilateral si es efectuada por la administración de forma unilateral, o judicial si quién realiza el corte definitivo de las cuentas es el funcionario judicial.

Así las cosas, puede hablarse de tres tipos de liquidación, la primera de ella la liquidación bilateral, la segunda la liquidación unilateral y la tercera la liquidación judicial. Sin embargo, en el caso de autos nos detendremos sobre la liquidación bilateral, la cual deviene como un verdadero negocio jurídico, en donde las partes de común acuerdo definen las prestaciones, derechos y obligaciones que aún subsisten a su favor o a su cargo y a partir de allí realizan un balance final de cuentas para de ésta forma extinguir de manera definitiva todas las relaciones jurídicas que surgieron del contrato estatal precedentemente celebrado.

Con otras palabras, la liquidación bilateral es un negocio jurídico mediante el cual se da por terminado otro negocio jurídico estatal precedentemente celebrado que es el contrato estatal que se liquida.

Ya en anteriores oportunidades ésta Subsección había señalado al respecto que:

“[La] finalidad de la liquidación del contrato consistente en finiquitar las cuentas, para utilizar la expresión que con frecuencia se emplea, resulta ya hoy una verdad averiguada y por lo tanto no da lugar a discusión alguna.

(...)

Se podría definir ese acto de liquidación bilateral como el acuerdo que celebran las partes de un contrato estatal para determinar los derechos y obligaciones que aún subsisten a favor y a cargo de cada una de las partes contratantes, todo con la finalidad de extinguir de manera definitiva todas las relaciones jurídicas que surgieron como consecuencia del contrato estatal precedentemente celebrado.

*Siendo ésta la descripción ontológica de ese acto, no se remite a dudas que la liquidación bilateral de un contrato estatal es un negocio jurídico de la estirpe de los contratos pues en ella se presentan los rasgos distintivos de esta especie negocial a saber: **a)** El acuerdo entre dos partes; y **b)** La finalidad, en este caso, de extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial o, lo que es lo mismo, de contenido económico.*

En efecto, a las voces del artículo 864 del Código de Comercio “el contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...”, de donde se desprende que los contratos no sólo pueden crear relaciones jurídicas sino que también pueden estar destinados a regularlas o a extinguirlas, cosa ésta última que es la que precisamente ocurre en los actos de liquidación bilateral de los contratos estatales.

Con otras palabras, al término de la vida de un contrato estatal puede presentarse otro contrato, como lo es el negocio jurídico de liquidación, si las partes que inicialmente contrataron se avienen luego a determinar los derechos y obligaciones que aún subsisten a favor y a cargo de cada una de ellas, con la finalidad de extinguir de manera definitiva todas esas relaciones jurídicas que surgieron como consecuencia del contrato estatal que precedentemente celebraron.

Y no se olvide que la discusión decimonónica sobre la diferencia entre contrato y convención (según la cual aquel creaba obligaciones y ésta las extinguía) quedó enterrada en el ordenamiento jurídico colombiano desde que se acogió la elaboración conceptual que elaboró BELLO sobre el contrato el señalar que “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa...”⁵¹, dando a entender que contrato y convención son la misma cosa.

Luego, en síntesis, el acto de liquidación bilateral de un contrato es a su vez un contrato pues mediante él se persigue extinguir definitivamente las relaciones jurídicas de contenido económico que aún pudieran subsistir a la terminación de la relación contractual precedentemente celebrada⁵².

Ahora bien, en cuanto negocio jurídico, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 871 del Código de Comercio⁵³ y el artículo 1603 del Código Civil⁵⁴ la liquidación bilateral del contrato estatal debe celebrarse y ejecutarse de buena fe, y como se dijo “La buena fe contractual no consiste en un estado de creencia o convicción de actuar conforme a derecho sino “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.”⁵⁵

En el mismo sentido se dijo que la buena fe objetiva conlleva el deber de información al co-contratante y que consiste en la obligación que tiene cada una de las partes de revelar a la otra todas aquellas circunstancias que sean relevantes para la formación, la ejecución o la extinción del contrato.

De manera que, conforme a la buena fe objetiva cada una de las partes que acuerdan el finiquito de la relación contractual precedente, tiene la obligación de enterar a la otra, de manera

⁵¹ Artículo 1495 del Código Civil colombiano (Original del fallo que se cita).

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección C, Sentencia del 18 de julio de 2012, Exp. 22.221.

⁵³ “Los contratos deberán 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.” (Nota del texto citado)

⁵⁴ “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.” (Nota del texto citado).

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 16.836. (Nota del texto citado).

clara y expresa, de todas aquellas circunstancias o razones que den lugar a su inconformidad con la liquidación que se propone.

En este sentido la Sala ha dicho:

“Con otras palabras, en la liquidación bilateral del contrato, quien esté inconforme con las cuentas que se presentan y el finiquito que se propone debe ineludiblemente expresar con qué y por qué no está de acuerdo y por consiguiente pedir o exigir el respectivo reconocimiento, de todo lo cual debe dar cuenta el acta respectiva pues ésta será finalmente la prueba de que expresó su inconformidad y que exigió el derecho que creía tener.

Si no hay acuerdo sobre la reclamación, el inconforme deberá dejar la correspondiente constancia pues salvando la expresión de su designio negocial denotará su desacuerdo y la anotación que en este sentido contenga el acta será la demostración de su inconformidad y de que ésta no fue atendida por la otra parte.

Dicho de otra manera toda reclamación en la liquidación bilateral de un contrato estatal supone no sólo que se consigne en el acta la correlativa salvedad sino también, y ante todo, la expresión clara y expresa de cuáles son los aspectos y puntos que motivan su inconformidad.

Así que una salvedad sin que se hayan expresado de manera clara los aspectos y puntos que motivan la reclamación, así como la expresión de aspectos y puntos que motivan una reclamación sin que finalmente haya salvedad alguna, equivale lisa y llanamente a conformidad.

Y la razón para que esto sea así no es otra que el principio de la buena fe objetiva, en su manifestación del deber de información, pues de lo contrario la parte reticente, contrariando la lealtad y la rectitud que debe imperar en los negocios jurídicos y en el tráfico jurídico en general, quedaría habilitada para sorprender a la otra con exigencias o reconocimientos que en su momento no fueron propuestos ni dados a conocer.

Por esto es que el precedente jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha venido insistiendo en que quién no hace salvedades claras y expresas en el acta de liquidación no puede luego concurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa a pretender el reconocimiento de derechos que al momento de la liquidación no reclamó ni salvó.

Así lo indicó al expresar:

“...cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, estos en principio no pueden mañana impugnar el acta que tal acuerdo contiene, a menos que exista error u omisión debidamente comprobado. La liquidación suscrita sin reparos es un auténtico corte de cuentas entre los contratistas, en la cual se define quién debe, a quién y cuánto.”⁵⁶

Posteriormente señaló:

“...en la etapa de liquidación de un contrato, las partes deben dejar sentado en acta sus pretensiones para que sean consideradas por la otra parte, es ese el momento del contrato, en el cual la parte adquiere legitimación para reclamar en vía judicial o extrajudicial, las pretensiones que la otra parte no acepte. Las divergencias que existan al momento de liquidar el contrato, que sean enunciadas en acta, y no aceptadas estructuran la base del petitum de una eventual demanda. Por el

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de marzo de 1998, expediente 11.101. (Nota del texto citado).

*contrario la parte que no deje anotada en el acta de liquidación final, la existencia de alguna pretensión para que la otra la considere en esa vía, NUNCA PODRÁ pretenderlas judicialmente...*⁵⁷

Y luego precisó:

*“...para efectos de poder acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es requisito indispensable que las partes hayan dejado constancia expresa, en el acta de liquidación del contrato, de las inconformidades que pudieron resultar durante su ejecución, tal como esta Sala lo ha señalado en reiteradas ocasiones...Ahora bien, la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión del contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero sí debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad... Lo anterior significa que la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación genérica, que no identifique la razón de ser de la salvedad del contratista; tal conducta impide la claridad necesaria en la conclusión de la relación negocial, bien porque las partes están de acuerdo en forma plena, o bien porque subsisten diferencias entre ellas.”*⁵⁸

Así las cosas, en atención a la buena fe los co-contratantes tienen el deber de informar a la otra parte, de manera clara y específica, aquellas inconformidades y situaciones que pretende que se le reconozcan, mencionando los motivos o razones que lo llevan a reclamar y haciendo las salvedades del caso si ellas no fueren atendidas o aceptadas, dentro del acta de liquidación bilateral.

De modo que, *“las salvedades que se exponen en expresiones genéricas, esto es que no dan cuenta de lo que se pretende ni de las razones o motivos que llevan a la reclamación, jamás legitiman al inconforme para concurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa a pretender lo que en la liquidación no reclamó ni salvó de manera clara, concreta y específica.”*⁵⁹

Finalmente, si la verdadera naturaleza jurídica de la liquidación bilateral o de mutuo acuerdo es la de ser un negocio jurídico que extingue la relación contractual preexistente, forzoso es concluir que ése momento configura la última oportunidad de las partes para manifestar su inconformidad, realizando las observaciones, reclamos o salvedades a las que haya lugar, pues de lo contrario se entendería que se encuentran conformes con ello y no pretenden posteriormente iniciar una acción para solicitar que se les reconozcan unas sumas que no reclamaron en la oportunidad debida.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2001, expediente 11.689. (Nota del texto citado).

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2005, expediente 14.113. (Nota del texto citado).

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de julio de 2012, expediente 22.221.

Ahora bien, cómo la liquidación bilateral es un contrato, al ostentar la naturaleza de tal debe reunir todos los requisitos generales de existencia y validez exigidos por la ley para todos los negocios jurídicos en general.

Luego, si lo que ocurre en un determinado caso es que las partes al suscribir el acta de liquidación bilateral omitieron el cumplimiento de uno de los requisitos exigidos por la ley para el valor de los negocios jurídicos en general y como consecuencia de ello no les fue posible formular las observaciones, reclamaciones o salvedades respectivas, es evidente que en esos casos deberá examinarse si ese contrato en específico se encuentra maculado con el vicio de nulidad absoluta o relativa, previendo, que quien alega dicha circunstancia deberá demostrarla a través de las pruebas oportunamente allegadas al plenario, pues para acreditar la existencia de un determinado hecho no basta con la sola afirmación de quién así lo alega sino que debe demostrarse.

A la sazón debe preverse que **la invalidez de los negocios jurídicos** es la sanción que el ordenamiento le impone a aquellos negocios jurídicos existentes cuando sobre éstos se omite el cumplimiento de alguno o algunos de los requisitos exigidos por la ley para su valor.

Con otras palabras, la invalidez es el *“juicio negativo de valor que se le hace a un acto dispositivo de intereses con el que se vulnera una norma imperativa, las buenas costumbres o cualquier norma establecida en favor de personas susceptibles de especial protección”*⁶⁰.

La nulidad o juicio de valor requiere ser declarada judicialmente, pues se entiende que el acto dispositivo o negocio jurídico existe, es válido y produce a plenitud todos sus efectos hasta que el juez competente declare la nulidad destruyéndolo, razón por la cual el fallo proferido en ése sentido es de carácter constitutivo.

De ésta forma, tanto el negocio jurídico como el vicio existen, pero la nulidad no se configura hasta que el juez no declare su existencia.

Ahora, tanto la nulidad absoluta como la relativa son susceptibles de saneamiento, bien por ratificación o bien por el término de prescripción, aclarando que si la nulidad proviene de un objeto o de una causa ilícitas, no puede sanearse por ratificación.

La nulidad absoluta del contrato o negocio jurídico se produce por alguno de los siguientes vicios a saber: I) Por objeto ilícito; II) Por causa ilícita; III) Por la Incapacidad absoluta de alguna de las partes y; IV) Por la omisión en el cumplimiento de algunas de las *“solemnidades que la*

⁶⁰ ALARCÓN ROJAS Fernando, *“La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos”*, Ed. Universidad Externado de Colombia, año 2011, Pág. 250.

*ley pida para la validez del acto en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes que lo celebran*⁶¹.

A su vez, éste tipo de nulidad puede ser alegada por las partes, por todo aquel que conozca el vicio o cualquier persona que demuestre un interés en el proceso e incluso por el Ministerio Público.

También puede ser declarada de oficio por el juez cuando así aparezca de forma manifiesta en el acto o contrato y cuando estén presentes todas las partes en el proceso.

Se considera que hay objeto ilícito o causa ilícita cuando estos se encuentran prohibidos por la Ley o son contrarios a las buenas costumbres o al orden público.

La nulidad relativa del contrato o negocio jurídico se produce por: I) La incapacidad relativa de alguna de las partes; II) La omisión en el cumplimiento de algún requisito exigido por la ley para el valor del negocio jurídico en atención a la calidad o estado de las personas que lo celebran y; III) El consentimiento viciado por el error, la fuerza o el dolo.

En efecto, según lo dispone el artículo 1508 del Código Civil el consentimiento debe estar exento de vicios tales como el error, la fuerza o el dolo.

Según los artículos 1509 a 1511 inc. 1º y 2º, 1512 y 1524 del mismo Estatuto el error es la *“discordancia entre la realidad y lo que una de las partes cree sobre la identidad de las cosas, las calidades esenciales o accidentales de ellas, la naturaleza del negocio jurídico que se celebra, o la persona con la que se celebra”*⁶².

La fuerza conforme a los artículos 1504, 1741, 1743 y 1750 del Código Civil es la presión física o moral de carácter grave y determinante que se ejerce sobre una persona bajo las consideraciones de su sexo, edad o condición, para que celebre un determinado contrato⁶³.

El dolo según el artículo 1515 del Código Civil es la maquinación fraudulenta o engañosa que despliega una persona con el objeto de obtener el consentimiento de otra u otras para celebrar un determinado negocio jurídico.

Ahora bien, para que el dolo se constituya en un vicio que afecta el consentimiento de las partes contratantes debe estar debidamente acreditado y debe ser determinante para la celebración

⁶¹ *Ibidem*. Pág. 249.

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 26 de julio de 2012, Exp. 23.605.

⁶³ *Ibidem*.

del acto o negocio jurídico, es decir debe constituirse en el móvil que indujo a la persona a contratar.

A diferencia de la nulidad absoluta, la relativa sólo puede ser alegada por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, sus herederos o cesionarios y en ningún caso puede ser declarada de oficio o por el juez si no ha sido alegada por el interesado.

Por último es de precisar que éste tipo de nulidad es susceptible de saneamiento por ratificación o por el transcurso del término de 4 años para que opere la prescripción si es civil, o de 2 años si es mercantil.

Luego, si lo que ocurre es que si una de las partes de un contrato afirma que él se encuentra viciado de nulidad relativa, pero no demuestra dicha circunstancia, es imposible decretar la nulidad, y mucho menos si el afectado con el vicio no solicita expresamente el decreto de nulidad relativa, pues esta especie de invalidez no puede ser decretada oficiosamente por el juez.

6.- Caso concreto

Dentro del plenario se encuentra probado que en el mes de septiembre de 2007, el Instituto Nacional de Vías – INVIAS publicó el pliego de condiciones de la licitación pública que tuvo por objeto el *“mejoramiento y mantenimiento de las carreteras de la zona centro oriente del país. Grupo 10, el cual incluye la actualización y ajuste del PAGA (programa de adaptación de la guía de manejo ambiental) y la gestión necesaria para la obtención de los permisos por uso e intervención de los recursos naturales”*⁶⁴, que para el caso que aquí ocupa la atención de la Sala se concretó en el *“mejoramiento y mantenimiento de la carretera Bucaramanga – San Alberto sector PR 70 – PR 0654 ruya 45 tramo 45ª 08”* en el departamento de Santander, al cual se le asignó un presupuesto oficial de \$5.562.853.326.00 .

Ahora bien, es de anotar que dentro del *“Capítulo V. - Condiciones del Contrato”*, expresamente el pliego de condiciones estipuló que el precio pactado no estaría *“sujeto a ningún tipo de ajustes”*.

Dado lo anterior, participó dentro del proceso de selección el consorcio KGO, integrado por las siguientes sociedades⁶⁵ :

NOMBRE	PARTICIPACIÓN
--------	---------------

⁶⁴ Fls.134-166 C.1

⁶⁵ Fls.84-86 C.1

Vicpar S.A ⁶⁶	50%
G & M construcciones S.A ⁶⁷	15%
Argoz Construcción obras civiles S.A ⁶⁸	35%

El mencionado consorcio fue adjudicatario y el **31 de diciembre de 2007** suscribió el Contrato No. 3490 de 2007⁶⁹, en cuya cláusula primera – **OBJETO DEL CONTRATO**, se estableció que *“El contratista se obliga a ejecutar para el Instituto por el sistema de precios unitarios sin ajustes, el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Bucaramanga – San Alberto sector PR80 + 000 – PR93 + 0654, ruta 45 tramo 45ª 08 de acuerdo con los pliegos de condiciones de la licitación, la propuesta del contratista aceptada por el Instituto y bajo las condiciones estipuladas en el presente contrato”⁷⁰*. Objeto éste que se ejecutaría en un plazo de 12 meses, contados a partir del acta de inicio.

El **“VALOR DEL CONTRATO”**, fue estimado en la suma de \$5.083.635.939.00, con fundamento en que *“El precio de este contrato será la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas, por los precios unitarios estipulados en la propuesta del contratista, en el documento lista de cantidades de obra, precios unitarios y valor total de la propuesta. Las cantidades de obra son aproximadas y por lo tanto se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra y tales variaciones no viciarán ni invalidarán el contrato”*

Asimismo se observa que para establecer el valor mensual de la obra ejecutada, la cláusula séptima previó la elaboración de **“ACTAS DE OBRA”** donde se multiplicarían *“las cantidades de obra mensual por los precios unitarios de la propuesta del contratista”*, cuya sumatoria determinaría el valor de cada acta de obra ejecutada, que se pagaría mensualmente, entre otras, con la previsión dispuesta en la cláusula octava según la cual *“las cantidades de obra y valores consignados en las respectivas actas de obra, son de responsabilidad exclusiva del interventor y del contratista”*.

Finalmente, en lo que respecta al contrato suscrito entre el Consorcio KGO y el INVIAS debe resaltarse lo dispuesto en la cláusula vigésima segunda sobre su **“LIQUIDACIÓN”**; inicialmente la liquidación **BILATERAL**: *“El presente contrato será objeto de liquidación de conformidad con lo previsto en los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, procedimiento que deberá efectuarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su vencimiento o a la expedición del acto administrativo que ordene su terminación o a la fecha del acuerdo que así lo disponga. (...); o UNILATERAL: “Si el contratista no se presentare para efectos de la liquidación del contrato o a*

⁶⁶ Obra certificado de existencia y representación legal a Fls.53-55 y 73-75 C.1

⁶⁷ Obra certificado de existencia y representación legal a Fls.45-48 C.1

⁶⁸ Obra certificado de existencia y representación legal a Fls.49-52 C.1

⁶⁹ Fls.59-67 y 167-171 C.1

⁷⁰ Es de anotar que el objeto del contrato fue modificado mediante “acta de modificación y aclaración” suscrita el 4 de abril de 2008. (Fl.)

las partes no llegaren a ningún acuerdo, el Instituto procederá a su liquidación, por medio de resolución motivada susceptible del recurso de reposición. (...)”

Ahora bien, en su escrito de demanda, el consorcio solicita la revisión del contrato anteriormente descrito y que se declare la nulidad del acta de liquidación para que se ordene el restablecimiento del equilibrio financiero mediante el pago de los “*mayores costos del asfalto que no fueron reconocidos a los contratistas demandantes*” y que fueron causados por factores a ellos ajenos.

A la sazón, la Sala encuentra acreditado que una vez iniciada la ejecución del contrato antes descrito, que tuvo lugar en marzo de 2008, entre el representante legal del Consorcio KGO, la firma interventora y el supervisor del proyecto se suscribieron diferentes actas de obra, a saber las siguientes:

- Acta No. 1 de 10 de julio de 2008: Correspondiente al periodo de ejecución de obra comprendido entre el 10 de marzo y el 9 de abril de 2008 y en la que consta que queda un saldo básico por ejecutar equivalente a \$5,042,066,300.oo.⁷¹

- Acta No. 2 de 10 de julio de 2008: Correspondiente al periodo de ejecución de obra comprendido entre el 10 de abril y 9 de mayo de 2008 y en la que consta que queda un saldo básico por ejecutar equivalente a \$5,530,500.oo⁷²

- Acta No. 3 de 10 de julio de 2008: Correspondiente al periodo de ejecución de obra comprendido entre el 10 de mayo y 9 de junio de 2008 y en la que consta que queda un saldo básico por ejecutar equivalente a \$5,034,001,800.oo⁷³

- Acta No. 4, suscrita el 10 de julio de 2008: Correspondiente al periodo de ejecución de obra comprendido entre el 10 de junio y 9 de julio de 2008 y en la que consta que queda un saldo básico por ejecutar equivalente a \$4,971,681,550.oo⁷⁴.

- Acta No. 5 de 10 de agosto de 2008: Correspondiente al periodo de ejecución de obra comprendido entre el 10 de junio y 9 de agosto de 2008 y en la que consta que queda un saldo básico por ejecutar equivalente a \$4,588,991,800.oo⁷⁵.

- Acta No. 6 de 10 de septiembre de 2008: Correspondiente al periodo de ejecución de obra comprendido entre el 10 de agosto y 9 de septiembre de 2008 y en la que consta que queda un saldo básico por ejecutar equivalente a \$3,762,935,300.oo⁷⁶.

⁷¹ Fls.443-444 C.1

⁷² Fls.445-446 C.1

⁷³ Fls.447-448 C.1

⁷⁴ Fls.449-450 C.1

⁷⁵ Fls.451-452 C.1

Hasta aquí, la Sala no encuentra acreditado que el contratista haya informado o reclamado algún tipo de sobrecosto en la ejecución de la obra, contrario sensu, estas fueron suscritas sin ninguna salvedad.

Sin embargo, sí se observa que el **23 de septiembre de 2008** el Instituto Nacional de Vías – INVIAS se dirigió al Consorcio KGO⁷⁷ para informarle la aprobación de precios unitarios no previstos en la propuesta inicial, así:

- *Mezcla densa en caliente tipo MDC – 2 con asfalto modificado tipo III \$475.853.*
- *Mezcla densa en caliente MAM con asfalto de alto modulo tipo V \$474.646.*

- *Mezcla densa en caliente tipo MDC – 1 \$322.660.*

Por lo anterior, le recomiendo tomar las medidas necesarias para recuperar el atraso que presenta el programa de inversiones, teniendo en cuenta que no hay obstáculo alguno por parte de la Entidad para intervenir el sector de manera inmediata de acuerdo con los estudios y diseños por ustedes realizados y aprobados por la interventoría”.

Así las cosas, se evidencia que la ejecución del contrato continuó su curso sin más ajustes que el referente a los precios unitarios no previstos en el contrato inicial, luego de lo cual se suscribieron entre el representante legal del Consorcio KGO, la firma interventora y el supervisor del proyecto las siguientes actas de obra:

- Acta No. 7 del 20 de octubre de 2008: Correspondiente al periodo de ejecución de obra comprendido entre el 10 de septiembre y 9 de octubre de 2008 y en la que consta que queda un saldo básico por ejecutar equivalente a \$2,585,317,259.00⁷⁸.

- Acta No. 8 de 13 de noviembre de 2008: Correspondiente al periodo de ejecución de obra comprendido entre el 10 de octubre y 9 de noviembre de 2008 y en la que consta que queda un saldo básico por ejecutar equivalente a \$2,100,192,768.30⁷⁹.

Nuevamente, se prevé que hasta aquí no existió ninguna reclamación por parte del contratista, que refiriera los sobrecostos demandados en sede judicial, por el contrario, del material probatorio se desprende que fue sólo hasta el **25 de noviembre de 2008** cuando el Consorcio KGO se dirigió al INVIAS para comunicarle que las condiciones propuestas inicialmente se habían modificado en razón a la existencia de un desequilibrio económico que se fundamenta en los mayores costos del asfalto⁸⁰. Al respecto se lee:

⁷⁶ Fls.453-454 C.1

⁷⁷ Fls.184 y 405 C.1

⁷⁸ Fls.455-456 C.1

⁷⁹ Fls.457-458 C.1

⁸⁰ Fls.31-41 y 87-95 C.1

“En la tabla No. 12 se resume el valor pagado por cada acta y el valor actualizado de la misma, en donde se aprecia, a la fecha, una diferencia de valor (o un mayor valor causado) de \$509.202.878.53.

Tabla 12. Resumen del valor de las actas actualizadas.

Acta No	Acta No. 02	Acta No. 03	Acta No. 04	Acta No. 05	Acta No. 06	Acta No. 07	Acta No. 08	TOTAL
Valor acta	\$5,564,533,85	\$2,534,000,00	\$62,320,250,00	\$382,689,750,00	\$826,056,500,00	\$1,177,618,041,00	\$485,124,490,70	\$2,941,907,565,55
Valor actualizado	\$6,106,803,48	\$2,755,948,50	\$69,251,419,80	\$434,553,480,90	\$963,338,397,40	\$1,399,215,918,40	\$575,906,475,60	\$3,451,128,444,08
Mayor valor causado	\$542,269,63	\$221,948,50	\$6,931,169,80	\$51,863,730,90	\$137,281,897,40	\$221,597,877,40	\$90,781,984,90	\$509,220,878,53

Por lo tanto se tipifica un desequilibrio económico en contra del contratista de obra por la suma ya señalada.

Las condiciones de costos al momento de proponer se han modificado, por situaciones no imputables al contratista como son:

1.- Tiempo transcurrido desde el momento de presentar la licitación, hasta el inicio de los trabajos.

2.- Situación económica del país, en donde el control de la inflación y la política macro – económica son de potestad del Estado y la previsión sobre el comportamiento global y domestico de la economía, no ha sido posible prever o predecir en forma aceptada ni por los más eminentes economistas.

3.- Precios internacionales del petróleo: El petróleo y sus sub derivados presentan variación de precio a la alza casi a diario, incrementando con ello los costos de los asfaltos y de los combustibles. Esta situación está claramente establecida en los registros de los precios de ECOPETROL, los cuales presentamos en la tabla No. 13.

Tabla No. 13 Variación mensual del precio del asfalto.

Mes	Valor Ton asfalto	Incremento porcentual con precio propuesta
Noviembre 07 de 2007	742,644,00	
Diciembre 11 de 2007	816,908,00	
Enero 09 de 2008	898,599,00	
Febrero 12 de 2008	909,023,00	
Marzo 11 de 2008	850,772,00	14,56
Abril 08 de 2008	869,251,00	17,05
Mayo 07 de 2008	886,080,16	19,31
Junio 10 de 2008	971,088,25	30,76
Julio 08 de 2008	1,014,699,81	36,63
Agosto 12 de 2008	1,126,317,00	51,66
Septiembre 09 de 2008	1,158,720,17	56,03
Octubre 07 de 2008	1,150,405,00	54,91

El precio del asfalto para las condiciones de nuestra propuesta presentaba un valor de \$742.644.00 a partir de marzo de 2008 (fecha de inicio de obras) se presentaron incrementos sucesivos del precio en forma exagerada, situación no prevista en el momento de preparar la propuesta, y actualmente el asfalto presenta un valor por tonelada de \$1.150.405.00 lo cual representa un incremento del 55% sobre el valor de la propuesta inicial, situación que no está reflejada en los índices de precios para la construcción pesada reportados por el DANE.

En vista de lo anterior y debido a que la ecuación económica del contrato de las condiciones originales de la propuesta no se mantienen; que en las condiciones actuales del contrato el contratista de obra tiene un detrimento económico de más de quinientos millones de pesos, solicitamos, bajo el amparo de la Ley 80 y los artículos mencionados anteriormente, se restablezca el equilibrio económico del contrato a las condiciones de presentación de la propuesta con la actualización de los precios de acuerdo a los registros del ICCP presentados por el DANE.

Recordamos que en circunstancia anterior (contrato No. 1646 – 07: La Manuela – La Estrella – La Felisa), la Subdirección estableció el detrimento económico. En la (sic) circunstancias actuales, creemos que existen mayores méritos, debidos (sic) a que un contrato de 12 meses de duración, con inicio de obras seis meses después de presentada la propuesta, pasando a dos inicios de años sucesivos (2007 y 2008) no existe previsión o proyección económica capaz de determinar los incrementos en costos del valor de la obra”.

En este sentido debe preverse que “los precios vigentes para el Asfalto y variación mensual del mismo para el periodo diciembre de 2006 a diciembre de 2009”, reportados por Ecopetrol, presentaron el siguiente comportamiento⁸¹:

RELACIÓN PRECIOS DE ASFALTOS DESDE DICIEMBRE 2006 HASTA DICIEMBRE 2009 Valores expresados en pesos colombianos por tonelada métrica								Precios internacionales Potten & Partner Golfo de los Estados.			
Fecha	Barrancabermeja					Apiay			Potten & Partner	TRM	Potten & Partner
	70/90	60/70	60/80	80/100	Variación	60/80	60/70	Variación	USDS/ TM FOB	Promedio	COP \$/TM FOB
dic-06		651,109		651,109			651,109				
ene-07		583,437		583,437	-10%		583,437	-10%			
feb-07		559,925		559,925	-4%		559,925	-4%			
mar-07		579,504		579,504	3%		579,504	3%			
abr-07		575,013		575,013	-1%		575,013	-1%			
may-07		592,396		592,396	3%		592,396	3%			
jun-07		574,411		574,411	-3%		574,411	-3%			
jul-07		559,132		559,132	-3%		559,132	-3%			
ago-07		584,529		584,529	5%		584,529	5%			
sep-07		642,982		642,982	10%		642,982	10%			
oct-07		707,28		707,28	10%		707,28	10%			
nov-07		742,644		742,644	5%		742,644	5%			
dic-07		816,908		816,908	10%		816,908	10%			
ene-08		898,599		898,599	10%		898,599	10%			
feb-08		909,023		909,023	1%		909,023	1%			
mar-08		850,772		850,772	-6%		850,772	-6%			
abr-08		869,251		869,251	2%		869,251	2%			
may-08		885,888		885,888	2%		885,888	2%			
jun-08		971,025		971,025	10%		971,025	10%			
jul-08		1,014,721		1,014,721	4%		1,014,721	4%			
ago-08		1,126,317		1,126,317	11%		1,126,317	11%			
sep-08		1,158,720		1,158,720	3%		1,158,720	3%			
oct-08		1,150,405		1,150,405	-1%		1,150,405	-1%			
nov-08		1,150,405		1,150,405	0%		1,150,405	0%			
dic-08		1,150,405		1,150,405	0%		1,150,405	0%			
ene-09		740		740	-36%		740	-36%	272	2,254	612,278
feb-09		740		740	0%		740	0%	257	2,512	645,987
mar-09		740		740	0%		740	0%	254	2,47	626,515
abr-09		740		740	0%		740	0%	261	2,375	620,366
may-09		740		740	0%		740	0%	275	2,227	612,267
jun-09		740		740	0%		740	0%	324	2,089	676,593
jul-09		740		740	0%		740	0%	366	2,049	729,222
ago-09		740		740	0%		740	0%	347	2,018	699,105
sep-09		740		740	0%		740	0%	344	1,859	639,2
oct-09		740		740	0%		740	0%	353	1,857	654,726
nov-09		740		740	0%		740	0%	380	1,977	751,585
dic-09		740		740	0%		740	0%	406	2,18	819,944

Dado lo anterior, es evidente la tendencia al alza en los precios tuvo lugar a partir de julio de 2007, esto es antes de la publicación del pliego de condiciones y la apertura del proceso de licitación (septiembre de 2007) y, por supuesto, antes de la presentación de la propuesta ofertada por el Consorcio KGO, la cual tuvo lugar en el mes de noviembre de 2007, según lo

⁸¹ Fls.246-247 C.1

informó José Joaquín Lara⁸² – Ingeniero director dentro del contrato No. 3490 de 2007; cuyo cierre de licitación se dio el día **8 de noviembre de 2007**⁸³.

De modo que el consorcio elaboró su oferta bajo este escenario, suscribió el contrato y, como viene viéndose, venía ejecutándolo sin ninguna salvedad, e incluso el 3 de diciembre de 2008 entre el representante legal del Consorcio KGO, la firma interventora y el supervisor del proyecto suscribieron el Acta No. 9, correspondiente al periodo de ejecución de obra comprendido entre el 10 de noviembre y 9 de diciembre de 2008 y en la que consta que para la fecha quedaba un saldo básico por ejecutar equivalente a \$1,273,170,141,50⁸⁴, pero, nuevamente, no se incluyeron salvedades o información por parte del contratista respecto del desequilibrio económico que decía sufrir.

Sin embargo, el **5 de diciembre de 2008** el Consorcio KGO le solicitó al Director de la Interventoría la elaboración de un concepto sobre el desequilibrio económico del contrato No. 3490 de 2007, desequilibrio que según afirmó tuvo su causa en el incremento del precio del asfalto⁸⁵ y fue reconocida dentro de la ejecución de otro contrato, por lo cual dijo elevar esta solicitud *“teniendo en cuenta que en el contrato No. 1646 de 2007 suscrito entre la parte demandante y el INVIAS se presentaron circunstancias similares y está última entidad reconoció los costos adicionales respecto del incremento del precio del asfalto”*.

En respuesta, el **11 de diciembre de 2008** la firma interventora se dirigió al contratista, en los siguientes términos⁸⁶:

“Esperamos que el INVIAS formalice dicha solicitud, para así dar respuesta concreta a los aspectos que sobre el tema requieran.

El contrato de la referencia en la cláusula primera objeto.- dice: El contratista se obliga a ejecutar para el Instituto por el sistema de precios unitarios sin ajustes, el mejoramiento y mantenimiento de la carretera Bucaramanga – San Alberto... de acuerdo con los pliegos de condiciones de la licitación, la propuesta del contratista aceptada por el Instituto, bajo las condiciones estipuladas en el presente contrato. Por lo anterior la interventoría no puede ir en contra de lo citado en el contrato.

Es de nuestro conocimiento que el precio del cemento asfáltico ha tenido incremento durante el desarrollo del contrato de la referencia, sin embargo concierne al INVIAS resolver lo solicitado por el consorcio KGO”.

Dada la respuesta del interventor, el **17 de diciembre de 2008** el Consorcio KGO se dirige directamente al INVIAS⁸⁷, en el sentido de señalar que:

⁸² Fls.39-41 C.2 y CD que obra a Fls.40 C.2

⁸³ Según consta oficio del **25 de noviembre de 2008**

⁸⁴ Fls.459-460 C.1

⁸⁵ Fls.40-41 C.1 y 650 -651 C.P

⁸⁶ Fls.660 C.P

⁸⁷ Fls.658 – 659 C.P

“(...)

Debido a la no claridad de respuesta a nuestra solicitud, aún a sabiendas de los costos de los derivados del petróleo, de la situación de la economía global y los efectos que en nuestra economía han generado, situación no previsible por ningún economista o analista y menos por quienes nos dedicamos a poner nuestro patrimonio a disposición de los entes gubernamentales en aras de participar en el desarrollo del país con la construcción de obras de infraestructuras, nuevamente les solicitamos disponer de los mecanismos más expeditos (como lo determina la ley 80) para establecer el equilibrio económico del contrato y evitar el detrimento económico de los consorciados de KGO por el cumplimiento de un contrato en donde, evidentemente (por la misma duración del contrato) se presentaron situaciones no previsibles que afectan el desarrollo de las obras”.

La ejecución del contrato continuó su curso y el 10 de enero de 2009 se suscribió entre el representante legal del Consorcio KGO, la firma interventora y el supervisor del proyecto, el Acta No. 10, correspondiente al periodo de ejecución de obra comprendido entre el 10 de diciembre de 2008 y el 9 de enero de 2009 y en la que consta que queda un saldo básico por ejecutar equivalente a \$381,171,243,40⁸⁸.

Asimismo, el 20 de febrero de 2009 se suscribió el Acta No. 11, correspondiente al periodo de ejecución de obra comprendido entre el 10 de enero de 2009 y el 9 de febrero de 2009 y en la que consta que queda un saldo básico por ejecutar equivalente a \$39,809,441,30⁸⁹.

Ahora bien, aunque hasta aquí no se había presentado una respuesta expresa a la solicitud del contratista, la Sala observa que la siguiente actuación contractual consistió en adicionar el Contrato 3490 de 2007. Fue así que el **10 de marzo de 2009**, entre el INVIAS y el representante legal del consorcio KGO se suscribió el Contrato Adicional No. 1⁹⁰, con el **OBJETO** de prorrogar el plazo del contrato principal en 2 meses y adicionar su valor en la suma de \$1.200.000.000.oo, para un valor total acumulado de \$6.283.635.939.oo.

Es de anotar que, entre otras, la adición y prórroga del contrato obedeció a que “*el 9 de febrero de 2009, el contratista solicita la adición y prórroga del contrato*”, la cual fue avalada por la interventoría y la Red Nacional de Carreteras.

Pero por otra parte, el **30 de marzo de 2009** la Oficina Asesora Jurídica del INVIAS⁹¹ se dirigió a la Red Nacional de Carreteras, para aclararle que:

“Como se lee en la cláusula segunda del contrato 3492 (sic) de 2007, los precios unitarios acordados entre las partes fueron fruto de la propuesta hecha por el mismo contratista, razón que le permitió acceder a la adjudicación del contrato.

Precisamente por ello, es una presunción válida el considerar que la sociedad reclamante al momento de fijar el precio por concepto de asfalto, emulsiones y en fin,

⁸⁸ Fls.461-462 C.1

⁸⁹ Fls.463-464 C.1

⁹⁰ Fls.21 y 174 C.1

⁹¹ Fls.663-667 C.P

todos aquellos insumos derivados del petróleo, era conocedora de la fuerte tendencia al alza que el precio del petróleo históricamente ha registrado en la última década. Por tanto, si la demora en el inicio de las obras puede verse como un eventual hecho imprevisto y ajeno a las partes, la tendencia creciente en los precios del petróleo no lo era del todo.

(...) Este fenómeno económico, es un hecho a considerar al momento de establecer de manera integral el comportamiento de los costos propios de la ejecución del contrato.

(...) no existen las condiciones necesarias para conceder al contratista su solicitud de actualización de precios desde la fecha de presentación de la oferta, como lo señala en su misiva radicada el 30 de septiembre de 2008, en la medida que, así se considerara el retardado inicio de las obras como un hecho imprevisto y ajeno a las partes, no se avizora aquella onerosa condición que ha hecho más gravosa las obligaciones del contratista, de modo tal que haya permeado considerable y gravemente el equilibrio económico del contrato. Igualmente, no aparece en el expediente del contrato, los análisis financieros respectivos que permitan a esta Oficina replantear lo anteriormente concluido”.

En el mismo sentido, el **1 de julio de 2009** el INVIAS se dirigió al Consorcio KGO⁹² y le manifestó:

“(...) que “los precios unitarios acordados entre las partes fueron fruto de la propuesta hecha por el mismo contratista, razón que le permitió acceder a la adjudicación del contrato. Precisamente por ello, es una presunción válida el considerar que la sociedad reclamante al momento de fijar el precio por concepto de asfalto, emulsiones y en fin, todos aquellos insumos derivados del petróleo, era conocedora de la fuerte tendencia al alza que el precio del petróleo históricamente ha registrado en la última década. Por tanto, si la demora en el inicio de las obras puede verse como un eventual hecho imprevisto y ajeno a las partes, la tendencia creciente en los precios del petróleo no lo era del todo.

(...) Este fenómeno económico es un hecho a considerar al momento de establecer de manera integral el comportamiento de los costos propios de la ejecución del contrato.

(...) no existen las condiciones necesarias para conceder al contratista su solicitud de actualización de precios desde la fecha de presentación de la oferta, como lo señala en su misiva radicada el 30 de septiembre de 2008, en la medida que, así se considerara el retardado inicio de las obras como un hecho imprevisto y ajeno a las partes, no se avizora aquella onerosa condición que ha hecho más gravosa las obligaciones del contratista, de modo tal que haya permeado considerable y gravemente el equilibrio económico del contrato...”. Por lo anterior mientras la oficina jurídica no aporte nuevos argumentos legales y jurisprudenciales no es posible atender favorablemente su solicitud”.

Bajo estos parámetros el contrato culminó su ejecución con las actas de obra Nos. 12 y 13. El 15 de marzo de 2009 se suscribió el Acta No. 12, correspondiente al periodo de ejecución de obra comprendido entre el 10 de febrero y el 9 de marzo de 2009 y en la que consta que quedó un saldo básico por ejecutar equivalente a \$1,193,675,273,70⁹³; y el 14 de abril de 2009 se suscribió el Acta No. 13, correspondiente al periodo de ejecución de obra comprendido entre el 11 de marzo y el 9 de abril de 2009 y en la que consta que quedó un saldo básico por ejecutar

⁹² Fls.184 (reverso) – 185 C.1 y 661-662 C.P

⁹³ Fls.465-466 C.1

equivalente a \$56,232,818,60⁹⁴. Actas estas en las que no se hizo constar ninguna salvedad del contratista.

Asimismo, el **28 de julio de 2009** se suscribió la correspondiente acta de entrega y recibo final de las obras, en la que se hizo constar⁹⁵:

1.- Que dentro del contrato No. 3490 de 2007 se ejecutó la siguiente cantidad de obra:

Ítem	Descripción	Unid.	Cantidad	V. unitario	V. total
681-07	Gaviones	M3		112.000	\$0.00
	Señalización y control de tránsito				
702P	Líneas de demarcación	ML	65.755.00	1.150	\$75.618.250.00
	Transporte				
900-07	Transporte de materiales provenientes de derrumbes	M3 – km	841.00	820	\$689.620.00
	Programa adaptación de la guía de manejo ambiental imprevistos y obras			\$120.000.000.00	\$0.00
	Estudios y diseños		1.00	\$68.520.000.00	\$68.520.000.00
450.21	Mezcla densa en caliente MDC – 2 con asfalto modificado con polímeros tipo III	M3	6.447.20	475.953	\$3.068.564.181.60
450.8	Mezcla densa en caliente MAM con asfalto de alto modulo tipo V	M3	1.935.70	474.464	\$918.419.964.80
450.1	Mezcla densa en caliente tipo mdo – 1	M3	234.10	322.660	\$75.534.706.00
Subtotal					\$6.234.653.232.40
IVA sobre la utilidad (5%) % AIU =30%					37.954.435.48
IVA estudios y diseños					\$10.963.200.00
Valor total obra ejecutada + IVA					\$6.283.561.867.88
Valor total ajustes causados					0.00
Valor total obra ejecutada más ajustes					\$6.283.561.867.88

2.- Se observa el siguiente resumen financiero del contrato No. 3490 de 2007:

Acta No.	Mes	Amortización Anticipo	Vr. Básico	Valor IVA	Valor total
1	Mar-08		0.00	0.00	0.00
2	Abr-08	1.659.150.00	5.530.500.00	34.034.00	5.564.534.00
3	May-08	760.200.00	2.534.000.00	15.594.00	2.549.294.00
4	Jun-08	18.696.075.00	62.320.250.00	383.509.00	62.703.759.00
5	Jul-08	114.806.925.00	382.689.750.00	2.355.014.00	385.044.764.00
6	Ago-08	247.816.950.00	826.056.500.00	5.083.425.00	831.139.925.00
7	Sep-08	353.285.412.00	1.177.618.041.00	7.246.880.00	1.184.864.921.00
8	Oct-08	145.537.347.00	485.124.490.70	2.985.381.48	488.109.872.18
9	Nov-08	537.564.530.00	827.022.353.70	5.089.368.00	832.111.721.70
10	Dic-08	631.834.631.00	881.999.171.20	5.427.687.00	887.426.858.20
11	Ene-09	97.471.643.69	282.841.802.10	1.740.565.00	284.582.367.10

⁹⁴ Fls.467-468 C.1

⁹⁵ Fls.22-28 y 175-178 C.1

			68.520.000.00	10.963.200.00	79.483.200.00
12	Feb-09		38.753.000.00	238.480	38.991.480.00
13	Mar-09		1.137.484.173.70	6.999.903.00	1.144.848.076.70
14	Abr- 09		56.159.200.00	345.595.00	56.504.795.00
Total		2.149.432.863.69	6.234.653.232.40	48.908.635.48	6.283.561.867.88

Finalmente, la Sala encuentra que el contrato de obra No. 3490 de 2007 fue liquidado de manera bilateral mediante Acta de Liquidación No. 125 suscrita el **6 de diciembre de 2010** por el Consorcio KGO y el Instituto Nacional de Vías – INVIAS, donde se observa que el contratista, definitivamente, no dejó salvedad alguna por concepto de desequilibrio económico⁹⁶.

Aunado a lo anterior, en el acta de liquidación consta que el INVIAS le canceló al contratista las siguientes sumas de dinero:

Descripción	Valor
Valor por actas obra básica	\$6.234.653.232.40
Valor por ajustes	
Valor IVA pagado	\$48.908.635.48
Valor total pagado	\$6.283.561.867.88

Dado el material probatorio que antecede, la Sala acoge diferentes conclusiones:

6.1.- El contratista no hizo las salvedades referentes al desequilibrio por él evidenciado en la respectiva oportunidad contractual.

La primera conclusión refiere a la falta de salvedades por parte del contratista en las actas de obra suscritas entre el 10 de julio de 2008 y el 10 de septiembre del mismo año e, incluso, en el acuerdo de los precios no previstos en la propuesta inicial, cuyo reconocimiento tuvo lugar el 23 de septiembre de 2008, así como en las siguientes actas que tuvieron lugar el 20 de octubre y 13 de noviembre de 2008.

De igual forma, en el contrato adicional suscrito el **10 de marzo de 2009**, en donde se adicionó el valor y el plazo del contrato, se mantuvieron las condiciones pactadas en el contrato inicial, entre estas los precios unitarios sin opción de reajuste, y aquí el demandante tampoco anotó ninguna salvedad; como tampoco lo hizo en el acta de liquidación bilateral.

En este sentido, la Sala se pregunta: ¿si, según lo afirma el contratista, los incrementos en el precio del asfalto se presentaron a partir de marzo de 2008, esto es, a partir del momento de iniciación de la obra, tal como lo informó en su comunicación de 25 de noviembre de 2008, por qué fue solo hasta cuando el contrato completaba el 70% de su ejecución que el contratista dio a conocer dicha situación a la entidad contratante, dejando avanzar el supuesto desequilibrio hasta cuando ya manifestó tener un detrimento económico de más de 500 millones de pesos?

⁹⁶ Fls.29-30, 179 y 577-578 C.1

Pues, lo esperable dentro del desarrollo de la relación contractual es que, en ejercicio de la buena fe, las partes avisen a tiempo las situaciones que pueden afectar el contrato. En este evento, lo esperable era que el contratista advirtiera a la administración la amenaza que aquejaba la ecuación del contrato para, así, adoptar las correcciones a que hubiera lugar, ya que el alza en el precio del asfalto fue una situación que se presentó desde la publicación de los pliegos, es decir que era de conocimiento del contratista desde el momento en que presentó su propuesta, para cuando fue adjudicatario, para la fecha de suscripción del contrato, para cuando se suscribieron las actas de avance de la obra y se hicieron las respectivas cuentas, para cuando se incluyeron los precios no previstos en la propuesta inicial, etc; y en ninguno de estos momentos el contratista efectuó las salvedades correspondientes.

En este sentido debe resaltarse que en su solicitud del 25 de noviembre de 2008 el mismo contratista presenta en la Tabla No. 13 la variación mensual del precio del asfalto, en donde evidencia que el alza venía presentándose desde noviembre de 2007, esto es, antes de adjudicado y suscrito el contrato, sin que éste haya informado a la administración de tal situación ni la haya previsto para la presentación de su oferta y la celebración del contrato.

Entonces, como se dijo en la parte teórica de la *ratio decidendi*, 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, es necesario que el factor de oportunidad no la haga improcedente, por cuanto, si las partes, han llegado a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos debieron presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades que hayan surgido en razón de las variaciones o circunstancias sobrevinientes e imprevistas dadas con posterioridad a la suscripción del contrato.

Luego, si las partes llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., y al momento de suscribir tales acuerdos no hicieron las respectivas salvedades habrán desperdiciado la oportunidad, hasta aquí, para reequilibrar la situación causante del rompimiento financiero.

Lo anterior, porque como también se dijo, la buena fe contractual, esto es, la objetiva, impone, desplegar un comportamiento que convenga a la realización del interés del otro contratante, además de obrar con lealtad y corrección, entre otras, respetando lo pactado y observando cabalmente el deber de informar a la otra parte, oportunamente, de todas las situaciones que puedan afectar el contrato.

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., cualquier solicitud,

reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.

Así las cosas, ante la inconformidad del Consorcio KGO con el clausulado contractual, esto es, con la imposibilidad de reajustar los precios pactados, y en presencia de una alteración del equilibrio económico del contrato, dicho consorcio estaba en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a la entidad 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.

Finalmente, ante el argumento según el cual, esta misma situación se había presentado en otra relación contractual similar, y el INVIAS le había reconocido al contratista las reclamaciones por él presentadas, la Sala observa que en el plenario no se encuentran probadas las condiciones presentadas en torno al contrato 1646 de 2007, y reprocha que circunstancias como las que aquí se debaten se presenten con tanta frecuencia dentro de las relaciones contractuales suscritas por el Estado, las cuales deben estar precedidas por el principio de planeación que no solo corresponde a las entidades públicas sino también a los particulares que se proponen colaborar en la prestación de los servicios públicos y la satisfacción del interés general.

6.2.- No se encuentran acreditados los demás elementos que configuran el desequilibrio económico del contrato estatal

Además de la falta de salvedades, en lo que respecta al alza del precio del asfalto, la Sala se permite precisar que, como se dijo en la parte conceptual de estas consideraciones, no cualquier alteración financiera da lugar al reconocimiento de desequilibrio en la ecuación del contrato, toda vez que se exige que este haya sido grave y tal gravedad no ha quedado probada dentro del plenario.

Primero, porque como se puntualizó en la parte conceptual de estas consideraciones, hay lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando existen (i) hechos o actos imputables a la Administración o al contratista que configuren un incumplimiento de sus obligaciones como contratante, (ii) de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o (iii) de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes (teoría de la imprevisión).

Pero, como se ha dicho a lo largo de este proveído, en el caso de autos no se presenta ninguna de estas circunstancias, pues no hay incumplimiento de la entidad contratante, no existe un acto general de Estado que haya conllevado la situación alegada por el demandante y tampoco quedó acreditada la existencia de circunstancias imprevistas posteriores a la celebración del

contrato, porque como pudo verse el alza en los precios del asfalto es una situación anterior a la suscripción del contrato, absolutamente previsible y evidente.

Segundo, no todas las hipótesis de desequilibrio económico del contrato tienen la virtualidad de conducir su restablecimiento, por el contrario, para que haya lugar a tal reconocimiento es necesario que se pruebe la gravedad del menoscabo sufrido por el contratista, la cual no quedó acreditada, y además que la circunstancia que dio lugar al rompimiento de la ecuación financiera no corresponde a un riesgo propio de la actividad que haya sido asumido por el contratista, como ocurrió en el caso de autos, donde el consorcio, al contratar sin opción de reajuste, asume la variación en los precios de la materia prima, ya sea que estos evolucionen con tendencia a la baja o a la alta.

Tercero, cuando se pactan precios unitarios sin posibilidad de reajuste, el contratista asume el riesgo de los incrementos del mercado, a menos que este se dé de manera imprevista y desproporcionada, lo cual no ocurrió en el caso de autos, pues, se insiste, el alza en el precio del asfalto era previsible y al momento de presentar su propuesta el contratista debió tener en cuenta el comportamiento del mercado y no presentar una oferta sustancialmente por debajo de los precios reportados por los demás competidores, para adquirir ventaja frente a ellos y, luego, durante la ejecución del contrato reclamar una suerte de desequilibrio económico; comportamiento que de ser admisible configuraría una práctica desleal, contraria a la buena fe contractual que no solo afecta la ejecución de los contratos y el patrimonio de la entidad contratante sino también a los demás participantes del proceso de selección.

Cuarto, tampoco puede pasarse por alto que dentro del AIU propuesto por el consorcio se estipuló un porcentaje del 5% del valor total del contrato para imprevistos, de modo tal que en el evento de presentarse tales situaciones, éstas quedaron comprendidas dentro del mencionado porcentaje, que como se dijo, al igual que los precios, fue fijado por el contratista en su propuesta inicial, la cual lo puso en ventaja respecto de los demás proponentes.

Asimismo, en este escenario debe preverse que, en la ejecución del contrato surgieron precios no previstos en la propuesta inicial que fueron reconocidos por la entidad contratante el 23 de septiembre de 2008, pero frente a los cuales la Sala se pregunta si estos precios habían sido previstos por otros participantes y su ausencia en la propuesta del contratista lo puso en ventaja sobre los demás participantes, o en otras palabras, si de haber sido previstos estos precios desde la propuesta inicial la propuesta presentada por el consorcio KGO habría mantenido la ventaja con relación a los demás proponentes.

Y quinto, debe preverse que la parte actora sostiene que las alzas en el precio del asfalto se dieron desde marzo del 2008, esto es, antes de iniciar la ejecución del contrato, de manera que no configuran un hecho imprevisto y además por tratarse de un contrato con precios fijos sin fórmula de ajuste, dicha alza es un riesgo asumido por el consorcio contratista.

6.3.- El acta de liquidación bilateral es un negocio jurídico que no puede ser desconocido por las partes – no se encuentra acreditado el vicio del consentimiento que lo invalide.

Finalmente, resta anotar que como también quedo especificado en la parte conceptual de estas consideraciones, la liquidación bilateral del contrato estatal constituye un verdadero negocio jurídico, en donde las partes de común acuerdo definen las prestaciones, derechos y obligaciones que aún subsisten a favor o a cargo de cada uno de los contratantes, de manera que aquí se realiza el balance final de cuentas y se determina quién le debe a quién y cuánto, o se establece si cada una de las partes se haya a paz y salvo respecto de la otra y de ésta forma se extingue de manera definitiva la relación jurídica que surgió del contrato estatal precedentemente celebrado.

En el caso de autos, la Sala encontró que el contrato de obra No. 3490 de 2007 fue liquidado de manera bilateral mediante Acta de Liquidación No. 125 suscrita el **6 de diciembre de 2010** por el Consorcio KGO y el Instituto Nacional de Vías – INVIAS, donde el contratista no dejó salvedad alguna por concepto de desequilibrio económico ni invocó la existencia de algún rubro pendiente por pago en la relación contractual; contrario sensu, al contratista se le reconoció la suma de **\$6.283.561.867.88**, se insiste, sin que éste hubiera manifestado alguna objeción al respecto.

En este sentido, también se dijo que en su carácter de negocio jurídico en el diseño, suscripción y ejecución del acuerdo liquidatorio, cada una de las partes está obligada a obrar conforme a la buena fe objetiva e informar a la otra parte, de manera clara y específica, aquellas inconformidades y situaciones que pretende que se le reconozcan, mencionando los motivos o razones que lo llevan a reclamar y haciendo las salvedades del caso si ellas no fueren atendidas o aceptadas, dentro del acta de liquidación bilateral.

En el caso de autos el consorcio contratista suscribió el acta de liquidación sin prever los sobrecostos que hoy reclama ante la jurisdicción contencioso administrativa, amparado en una buena fe subjetiva que hizo consistir en la supuesta convicción de que la entidad contratante le reconocería los ajustes a los precios del asfalto por vía de conciliación.

Sin embargo, la Sala considera que no es de recibo el alegato presentado por el demandante para justificar su omisión ante el cumplimiento del deber de información, toda vez que, como también se dijo, la buena fe contractual no radica en un estado de convicción sino en dirigir el comportamiento propio al cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo, entre ellas el deber de informar a la otra parte; lo que no se hizo en el caso de autos, donde, pese a ser el momento de la liquidación la última oportunidad para manifestar su inconformidad, el contratista guardó silencio y suscribió el acuerdo liquidatorio sin ninguna salvedad.

Pero, pese a lo anterior el demandante insiste en no estar conforme con el mencionado acuerdo liquidatorio, igualmente amparado en que el consentimiento expresado en el acta de liquidación bilateral tuvo lugar como consecuencia de un vicio consistente en el error inducido por la entidad contratante, quien le hizo creer que los valores pendientes serían reconocidos por vía de conciliación extrajudicial, situación que como lo previó el Ministerio Público en su intervención del 1º de septiembre de 2017, no se encuentra acreditada en el plenario.

A la sazón debe recordarse que en la parte conceptual de la *ratio decidendi* quedó explicado que, para la validez del consentimiento expresado en un negocio jurídico, se requiere que éste se halle exento de vicios tales como la fuerza, el dolo o el error, siendo este último la *“discordancia entre la realidad y lo que una de las partes cree sobre la identidad de las cosas, las calidades esenciales o accidentales de ellas, la naturaleza del negocio jurídico que se celebra, o la persona con la que se celebra”*⁹⁷.

Asimismo, debe reiterarse que la nulidad relativa debe ser alegada y demostrada por el interesado, pues si el interesado alega que el acuerdo liquidatorio se encuentra viciado de nulidad relativa por vicios en el consentimiento - error, pero no demuestra dicha circunstancia, es imposible decretar la nulidad.

Y lo propio ocurre en el caso de autos, donde contrario a acreditarse que el INVIAS se comprometió al reconocimiento de los mayores precios en el valor del asfalto, la Sala encuentra probado que la entidad demandada siempre se mostró renuente a dicho reconocimiento, fundamentalmente, porque el objeto del contrato 3490 de 2007, expresamente señaló que la ejecución de la obra se haría *“por el sistema de precios unitarios sin ajustes”* y así lo reiteró el INVIAS en cada una de sus comunicaciones.

A la sazón debe preverse que en comunicación del **11 de diciembre de 2008** la firma interventora le recordó al consorcio que los precios se pactaron sin formula de reajuste y el **30 de marzo de 2009** la Oficina Asesora Jurídica del INVIAS se dirigió a la Red Nacional de Carreteras con el mismo argumento, señalando además que *“los precios unitarios acordados entre las partes fueron fruto de la propuesta hecha por el mismo contratista, razón que le permitió acceder a la adjudicación del contrato”* por lo que conceptuó que *“no existen las condiciones necesarias para conceder al contratista su solicitud”* y así se lo hizo saber directamente el INVIAS al Consorcio el **1 de julio de 2009**.

Dado lo anterior, la Sala encuentra que en el caso de autos no existen razones para invalidar la liquidación bilateral celebrada entre las partes, pues, se itera, el consenso establecido en la

⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 26 de julio de 2012, Exp. 23.605.

liquidación bilateral del contrato – sin salvedades -, en cuanto negocio jurídico sólo puede invalidarse ante la probanza de algún vicio de nulidad del contrato, lo cual no ha quedado establecido en el caso de autos y en consecuencia no hay lugar a desconocer el acuerdo de voluntades suscrito entre las partes.

En síntesis, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, por las razones aquí expuestas, esto es, por no encontrarse acreditados los elementos que hacen procedente el reconocimiento del desequilibrio económico del contrato estatal.

5. 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
Exigencias fácticas	<p>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.</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>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:</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>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.</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 que la conducta de la parte demandada será suficientemente remediada en el escenario de la idoneidad, por cuanto se evidenció la inexistencia del daño alegado, lo que hace que la actuación del impugnante

resulte temeraria, al no existir un fundamento razonable para interponer el recurso, por manera que se fijarán 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 proferida el 3 de julio de 2014⁹⁸ por el Tribunal Administrativo de Santander, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al demandante en el 1% del valor de las pretensiones, a título de costas, esto es, \$5.092.029.00 conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

Aclaración de voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente



CONSEJO DE ESTADO

⁹⁸ Fls.621-626 C.P

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Radicación número: 68001233300020130011801(52.666)

Actor: ARGOZ CONSTRUCCIÓN OBRAS CIVILES S.A Y OTROS

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVIAS

Referencia: ACCIÓN CONTRACTUAL

SALVEDADES AL ACTA DE LIQUIDACIÓN-Su ausencia impide demandar el restablecimiento de la ecuación económica del contrato. DESEQUILIBRIO ECONÓMICO-No hacer salvedades en prórrogas o adiciones al contrato, reiteración aclaración de voto 55836/2017

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto la decisión adoptada en la providencia del 28 de enero de 2018, que negó las pretensiones, me permito aclarar el voto.

1. La Sala, desde hace varias décadas [sentencia de 16 de octubre de 1980, Rad. 1960 fundamento jurídico num. 7], tiene determinado que cuando se liquida un contrato y las partes firman el acta de liquidación sin reparo alguno, no procede la impugnación del acta correspondiente, a menos que se compruebe un vicio del consentimiento.

En tal virtud, la improcedencia de la pretensión por desequilibrio económico debió definirse exclusivamente con fundamento en que no se dejó constancia de salvedades en el acta de liquidación.

2. En cuanto a la improcedencia de la pretensión de desequilibrio económico por no hacer salvedades en prórrogas o adiciones al contrato, me remito a las consideraciones contenidas en la aclaración de voto 55836 de 2017 numeral 2.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE