

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., quince (15) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

MAGISTRADO PONENTE: DR. JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ

Expediente: 250000-23-36-000-2015-01813-00

Demandante: DARÍO MONTOYA MIER

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO NACIONAL-

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

CONTRACTUAL

Realizadas las audiencias orales de que tratan los artículos 180 y 181 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011, procede la Sala a proferir sentencia escrita a efectos de resolver la demanda de controversias contractuales, instaurada por DARÍO MONTOYA MIER –en delante EL CONTRATISTA-, con la finalidad que se declare: **a)** la nulidad del parágrafo primero y segundo de la CLÁUSULA OCTAVA y, la CLÁUSULA VEINTITRÉS de los siguientes contratos de interventoría: **i)** 1339 de 12 de noviembre de 2013; **ii)** 1387 de 4 de diciembre de 2013; y, **iii)** 1425 de 19 de diciembre de 2013; **b)** el rompimiento de la ecuación financiera de los contratos de interventoría anteriormente enunciados; y, **c)** se reconozcan los perjuicios ocasionados. Igualmente se formularon pretensiones subsidiarias relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad estatal, y, el rompimiento de la ecuación financiera del contrato

I. ANTECEDENTES -ASPECTOS PROCESALES-

En el presente asunto, después de admitida la demanda se realizaron dos de las tres audiencias orales del proceso contencioso administrativo –inicial y pruebas-, los alegatos de conclusión se presentaron por escrito. A continuación se contextualizará la controversia jurídica partiendo de los argumentos expuestos por las partes, y a renglón seguido se hará una breve exposición de las circunstancias procesales ocurridas en cada una de las audiencias.

1. LA DEMANDA - CONTESTACIÓN - FIJACIÓN DEL LITIGIO

- 1.1. De conformidad con la **demanda**, la presente relación procesal tiene como finalidad realizar un control objetivo de legalidad de unas cláusulas de los contratos de interventoría **a)** 1339 de 12 de noviembre de 2013; **b)** 1387 de 4 de diciembre de 2013; y, **c)** 1425 de 19 de diciembre de 2013 celebrados entre DARÍO MONTOYA MIER; y la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, porque en criterio del demandante se trata de unas cláusulas abusivas. Igualmente se solicita el equilibrio de la ecuación financiera de los contratos de interventoría, por cuanto, se extendieron los plazos contractuales generándose mayores costos para el contratista.

Se advierte, que la parte actora en la demanda, frente a la pretensión de control objetivo de legalidad de los contratos, no identificó las cláusulas presuntamente abusivas para cada uno de los contratos de interventoría, se

limitó simplemente enunciar unas cláusulas pero no se precisó a que contrato correspondían; de igual manera, no indicó, ni fundamentó, la causal de nulidad invocada, toda vez, que no desarrolló el capítulo correspondiente a los fundamentos de derecho¹.

- 1.2. NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO NACIONAL–en lo sucesivo la ENTIDAD ESTATAL- **contestó** de manera oportuna la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, por considerar, que el CONTRATISTA desconoce sus propias actuaciones, dado que en ninguna de las adiciones de los contratos presentó o formuló algún tipo de reclamación económica circunstancia, que es improcedente realizarlo con posterioridad de conformidad con los precedentes jurisprudenciales del H Consejo de Estado. Además en la liquidación de los contratos el contratista no realizó observación alguna.

Sostiene igualmente, que el demandante desconoce el principio de la buena fe contractual, al realizar la reclamación económica con posterioridad a vencidos los plazos contractuales. Finalmente se indica, que la entidad estatal actuó de conformidad con los principios que guían la contratación estatal.

Trabada la relación jurídico procesal y vencido el término de traslado, se realizó la audiencia inicial el día 17 de julio de 2017, **FIJÁNDOSE EL LITIGIO** en los siguientes términos: “[...] los **HECHOS 6,7, 10 al 13**, que se refieren a:

- a) *Las cláusulas contractuales que aducen ser abusivas y violatorias a la ley.*
- b) *la presunta configuración del desequilibrio de la ecuación financiera de los contratos de interventoría.*
- c) *Subsidiariamente si hay un incumplimiento de la parte demandada por el no pago de los costos en los que incurrió el interventor para la ejecución de los contratos. [...]”.*

2. DECRETO Y PRÁCTICA DE MEDIOS DE PRUEBA

Habiéndose fijado el litigio se decretaron como medios de prueba: A solicitud de la **parte actora**: **a)** las documentales aportadas; **b)** los testimonios de: JUDY ANDREA VAQUIRO HORTA, DIEGO FELIPE ADRADA CÓRDOBA, EDNA LIZETH ARIAS SALCEDO, IVÁN DARÍO OCAMPO OSORIO, HERNÁN JAUREGUI REINA, JULIO CESAR OSPINA CUEVA; **c)** interrogatorio de parte del señor DARÍO DE JESÚS MONTOYA MIER; y, **d)** dictamen técnico aportado. A solicitud del demandado: Los antecedente administrativos, certificado de pagos de sistema de seguridad social, y certificado de ingresos y retenciones de los años: 2013 a 2016.

¹ Artículo 162. Contenido de la demanda. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá: [...]

4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.

En la audiencia de pruebas del 29 de noviembre de 2017, se practicaron los medios de prueba a excepción de los testimonios, frente a los cuales se prescindió ante la inasistencia, de conformidad con lo consagrado en el artículo 218 del CGP.

3. ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO

En desarrollo de la audiencia de pruebas se resolvió dar aplicación a la posibilidad que establece el último inciso del artículo 181 del CPACA y ordenar, que los alegatos de conclusión fueran allegados por escrito.

3.1. **Parte Demandante:** Contrario a lo ocurrido en la demanda, en los alegatos de conclusión la parte actora, si indica las razones por las cuales se debe declarar la nulidad de las cláusulas de interventoría –aunque no las específica para cada uno de los contratos, al respecto señaló: **a)** operó la ineficacia de pleno derecho porque se pactó un ofrecimiento en extensión ilimitada –literal e) artículo 5) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993²; y; **b)** la jurisprudencia del H Consejo de Estado ha señalado, que no es procedente renunciar al equilibrio de la ecuación financiera del contrato antes de que éste se configure.

De otro lado, que si bien no se comparte la actual línea jurisprudencial del H Consejo de Estado relacionado con el equilibrio de la ecuación financiera; el contratista en el caso particular presentó oportunamente las reclamaciones por mayores costos del servicio.

3.2. **Parte Demandada:** la entidad estatal reitera los argumentos de la contestación de la demanda. sostiene, que frente al control de legalidad de los contratos de interventoría, no especificó con claridad la cláusula objeto de nulidad. Afirma, que no es procedente el desequilibrio de la ecuación financiera del contrato, por cuanto la reclamación se realizó en la fase de liquidación y no se formularon observaciones en las actas de liquidación bilateral. En relación con la prueba pericial, señala que existe inconsistencias con los soportes aportados. Igualmente está demostrado, que el contratista declaró ante la DIAN valores menores a los que presuntamente se habían causado por concepto de honorarios; la misma circunstancia ocurre con los aportes al sistema de general de salud. Frente al interrogatorio de parte, sostienen que el mismo contratista confesó, que la reclamación por mayores costos la realizó con posterioridad a la firma de las prórrogas de los contratos.

3.3. **Ministerio Público.** No rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES

Precisa la Sala, que en el presente asunto, la parte actora formuló dos pretensiones principales, la primera referida a un control de legalidad de tres

² **Artículo 24°.-** . Del principio de Transparencia. En virtud de este principio: [...]

5o. En los pliegos de condiciones o términos de referencia: [...]

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la Formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad [...]

contratos de interventoría; y, la segunda, relacionada con la declaratoria del rompimiento de la ecuación financiera de los referidos contratos.

Así las cosas, la Sala se pronunciará inicialmente frente al control objetivo de legalidad y posteriormente, se abordará, el rompimiento de la ecuación financiera del contrato.

A. DEL CONTROL OBJETIVO DE LEGALIDAD DE LOS CONTRATOS DE INTERVENTORÍA.

1. De la improcedibilidad del control de legalidad

En primer lugar, advierte la Sala como la ha venido exponiendo, que en el presente asunto existen deficiencias en la formulación de la demanda, por cuanto el actor no identificó claramente las cláusulas, que están en control de legalidad; como tampoco precisó, ni fundamentó la causal de nulidad, solamente en la etapa de alegaciones, invoca algunos argumentos, que en criterio del demandante configuran la ilegalidad del clausulado.

Frente a lo anterior, la Sala es del criterio, que en la etapa de alegatos de conclusión, no es dable allegar argumentos jurídicos, que no fueron expuestos **inicialmente en la demanda**, habida cuenta, que dicha circunstancia es **violatoria del debido proceso del demandado**, quien no ha tenido la oportunidad de ejercer el respectivo derecho de contradicción; más aún en casos como el presente, en donde el demandante ni siquiera identificó con claridad el clausulado en control de legalidad.

Quiere significar la Sala, que en casos como el presente en donde, la nulidad de la cláusula, en estricto sentido, no comporta un control objetivo de legalidad, por cuanto el fin principal es obtener el reconocimiento de los valores generados por un presunto desequilibrio de la ecuación financiera del contrato; **le asiste unas cargas procesales mínimas al demandante** -como identificar el clausulado, y fundamentar nulidad-, que no puede ser suplidas por el juez natural del contrato.

Lo anterior, por cuanto al órgano judicial no lo es dable sorprender a las partes en la sentencia con un asunto, que no hizo parte del litigio desde el propio ejercicio del derecho de acción. En este punto, precisa la Sala, que si bien existe un poder oficioso en materia de nulidad absoluta del contrato³, el mismo está limitado por el legislador, porque solamente opera cuando está plenamente probada la nulidad, aspecto, que no se cumple en el presente asunto.

Lo anterior, es suficiente para negar las pretensiones de la demanda, toda vez, que la parte actora incumplió sus cargas procesales como era: identificar con precisión el clausulado impugnado, y fundamentar adecuadamente la causal de nulidad invocada.

2. Consideraciones adicionales.

³ [...]Artículo 141. Controversias contractuales. El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes. [...]

Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara, que la parte actora cumplió con sus cargas procesales mínimas, de igual manera, se negarían las pretensiones de la demanda por las siguientes consideraciones:

- 2.1. En primer lugar precisa la Sala, que revisados las cláusulas cuestionadas, éstas guardan relación con aquellas estipulaciones referidas con la **distribución de riesgos del contrato de interventoría**; en efecto, en estas cláusulas se establecieron, que no había lugar el desequilibrio de la ecuación financiera del contrato por dos aspectos puntuales: el primero, por mayor permanencia en obra; y el segundo, por la prórroga del plazo del contrato de obra frente al cual se realizaba la interventoría.

Quiere significar la Sala, que no es cierto como lo sostiene el demandante, que la entidad estatal lo hizo renunciar anticipadamente al desequilibrio del ecuación financiera del contrato; por el contrario, lo que está demostrado, es que **el propio demandante en ejercicio de la autonomía de voluntad, decidió asumir unos riesgos previsibles⁴ propios de su actividad**; que en ningún caso, se puede entender, como una disposición impositiva, sino por el contrario es la materialización del procedimiento establecido por el legislador.

- 2.2. Al respecto el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, consagra:

*“Artículo 4°. De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la **estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.***

*En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, **los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.**”*

De conformidad con esta disposición legal en los pliegos de condiciones o sus equivalentes se deberá incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación; de esta manera las entidades estatales deberán señalar, **con anterioridad a la presentación de las ofertas**, la definición de los riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva en la respectiva audiencia.

El H consejo de Estado sobre la normativa señaló: “[...] **La nueva regulación introducida por la Ley 1150 de 2007, en relación con la necesaria distribución de los riesgos contractuales en la contratación pública, obliga entonces tanto a la Administración como a los interesados en contratar con ella a surtir una labor de planeación para estudiar, identificar y cuantificar los factores o circunstancias de peligro, amenaza o contingencias**

⁴ En el Decreto 2474 de 2208 y Decreto 734 de 2012 se conceptualizó el riesgo en el siguiente sentido:

Artículo 2.1.2. Determinación de los riesgos previsibles. Para los efectos previstos en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio económico del contrato, **pero que dada su previsibilidad se regulan en el marco de las condiciones inicialmente pactadas en los contratos y se excluyen así del concepto de imprevisibilidad de que trata el artículo 27 de la Ley 80 de 1993.** El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable en condiciones normales.

previsibles, esto es, que puedan presentarse en la ejecución de la futura relación negocial, y que, por tanto, determinarán e incidirán en la conmutatividad de las prestaciones y, por ende, afectarán el equilibrio financiero del contrato. A términos de la norma legal, queda claro que es a la entidad pública a la que le corresponde determinar en los pliegos de condiciones los riesgos previsibles y distribuirlos y, posteriormente, serán revisados con los proponentes. [...]⁵

El artículo 4 de la ley 1150 de 2007, ha sido objeto de reglamentación en tres oportunidades: el Decreto 2474 de 2208, Decreto 734 de 13 de abril de 2012, y **Decreto 1510 de 17 de julio de 2013**, éste último, que es el actualmente vigente, frente a la distribución de riesgos consagra:

- a. La entidad le corresponde evaluar el riesgo desde la etapa de planeación (documentos previos y pliegos) ver artículos 15⁶, 17⁷, 20, 22,
- b. Es un criterio para establecer la oferta más favorable, la propuesta con mayor asunción de los Riesgos⁸.
- c. Realización de audiencia de asignación de riesgos⁹

2.3. En este punto quiere resaltar la Sala, que la distribución de los riesgos en la etapa precontractual, tiene como finalidad, que aquellas **circunstancias previsibles, que se puedan presentar durante la ejecución del contrato, no alteren el equilibrio económico del negocio jurídico**; de ahí que el H Consejo de Estado ha establecido, que la distribución de los riesgos está íntimamente relacionado con el valor del servicio¹⁰.

2.4. Ahora bien, en el presente asunto, el demandante confesó en la audiencia de pruebas, que tenía más de 35 años de experiencia en el sector; de otro

⁵ CONSEJO DE ESTADO; SECCION TERCERA; Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO; primero (1) de abril de dos mil nueve (2009; Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00024-00(36476)

⁶ **Artículo 15. Deber de análisis de las Entidades Estatales.** La Entidad Estatal debe hacer durante la etapa de planeación el análisis necesario para conocer el sector relativo al objeto del Proceso de Contratación desde la perspectiva legal, comercial, financiera, organizacional, técnica, y de análisis de riesgo. La Entidad Estatal debe dejar constancia de este análisis en los Documentos del Proceso.

⁷ **Artículo 17. Evaluación del Riesgo.** La Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente.

⁸ **Artículo 26. Ofrecimiento más favorable.** La Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección del contratista.

En la licitación y la selección abreviada de menor cuantía, la Entidad Estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta: (a) la ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas; o (b) la ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio. Si la Entidad Estatal decide determinar la oferta de acuerdo con el literal (b) anterior debe señalar en los pliegos de condiciones:

3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.

⁹ **Artículo 39. Audiencias en la licitación.** En la etapa de selección de la licitación son obligatorias las audiencias de: a) asignación de riesgos, y b) adjudicación. Si a solicitud de un interesado es necesario adelantar una audiencia para precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, este tema se tratará en la audiencia de asignación de riesgos.

En la audiencia de asignación de riesgos, la entidad estatal debe presentar el análisis de riesgos efectuado y hacer la asignación de riesgos definitiva. [...]

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO; SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A; Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO; veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017); Radicación: 080012333000201300105 01 (51526). “[...] se impone agregar que su elaboración necesariamente se halla vinculada de manera estrecha y casi que interdependiente a la estructuración del precio del acuerdo. [...]”

lado, estamos ante un contrato de interventoría, que en términos generales tiene como objeto, ejercer el control de vigilancia y supervisión, respecto a la “ejecución” de otro contrato; todo con la finalidad de que la obra intervenida se desarrolle y cumpla las reglas contractuales pactadas.

Esa relación entre el contrato de interventoría y el contrato de obra (objeto de intervención) **es de naturaleza interdependiente**, aunque no de manera absoluta; lo anterior, por cuanto existen aspectos específicos como el incumplimiento, que son independientes en cada contrato; por el contrario, existen aspectos como el plazo, que en estricto sentido, materializa la interdependencia de estos contratos.

- 2.5. De esta manera, era una circunstancia previsible, de pleno conocimiento del contratista, que el plazo del contrato de interventoría estaba ajustado al de obra.

De otro lado, la parte actora **no demostró, que la ejecución del contrato obra fuera imprevisible** –suspensiones-; como un presupuesto para entender, que se desconoció el ordenamiento jurídico; por el contrario las partes, establecieron precisamente, que **era previsible que el contrato de obra se podía extender en el plazo**, por tanto, con fundamento en ello, y **la propia experiencia del contratista**, se distribuyó el riesgo, en el sentido que por este aspecto no **existiría reconocimiento económico adicional en el contrato de interventoría**.

Así las cosas, el valor total del contrato debe encontrarse en armonía con la asunción previa del riesgo y su estimación, por cuanto el objetivo de su asignación, se centra en que **quien lo asuma incorpore en el precio ofrecido los rubros dirigidos a contener los efectos nocivos de su ocurrencia**¹¹.

- 2.6. Resalta la Sala, que si se pretende desconocer el procedimiento de distribución de riesgos, porque en criterio del contratista se le indujo en error; a **la parte actora le corresponde demostrar, que los riesgos establecidos por la entidad no eran previsible** –alea normal-, por ende, no podían hacer parte de la distribución; sin embargo, en la caso particular, el demandante, no invocó ningún vicio del consentimiento; y tampoco cumplió su carga demostrar, la imprevisibilidad de los riesgos establecidos en el contrato de interventoría.
- 2.7. De otro lado, tampoco está demostrado, que las cláusulas hayan establecido un ofrecimiento en extensión ilimitada, porque es de la **esencia del contrato de interventoría, que su plazo se encuentre ajustado al contrato de obra**, toda vez, que de acuerdo con los postulados de la Ley 80 de 1993¹², el contrato de obra no puede estar sin la respectiva interventoría.

¹¹ ibídem

¹² **Artículo 32. De los Contratos Estatales.**

1o. Contrato de Obra

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

En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, **la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista**, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto.

- 2.8. Aceptar los argumentos del demandante, conllevaría a dejar sin contenido legal el procedimiento de distribución de riesgos, por cuanto, **por vía de nulidad, se pretende pasar por alto los preceptos establecidos por el legislador**, relacionadas a que las partes adopten en la etapa precontractual, las medidas necesarias para mantener el equilibrio económico del contrato con fundamento en el principio de planeación.

En ese sentido, para la Sala es claro, que **la actitud del demandante, vulnera abiertamente el principio de la buena fe contractual**, dado que en la etapa precontractual con sustento en su experiencia, asumió unos riesgos previsibles, pero con posterioridad, pretende sin fundamento jurídico alguno desconocer el ejercicio libre y espontáneo de la autonomía de la voluntad; actitud que además contraviene la Ley 1150 de 2007 y sus respectivos decretos reglamentarios.

Establecido lo anterior, a continuación se analizarán las pretensiones de desequilibrio de la ecuación financiera del contrato.

B. DE LA CONFIGURACIÓN DEL ROMPIMIENTO DE LA ECUACIÓN FINANCIERA DE LOS CONTRATOS DE INTERVENTORÍA

1. Problema Jurídico

- 1.1. En el caso bajo estudio EL CONTRATISTA pretende, que se declare el rompimiento de la ecuación financiera de los siguientes contratos de interventoría: **a)** 1339 de 12 de noviembre de 2013; **b)** 1387 de 4 de diciembre de 2013; y, **c)** 1425 de 19 de diciembre de 2013. Para ello el demandante alude –entre otras- que estuvo mayor tiempo en la obra por circunstancias fácticas no imputables a él, relacionadas con: **a)** problemas en los diseños: modificación, ajustes y entrega tardía de los diseños; y, **b)** dificultades con las redes de servicios públicos –gas-
- 1.2. Así las cosas, interrogante jurídico que le corresponde a la Sala abordar en esta oportunidad es: ***¿Sí en el presente asunto, está demostrado el rompimiento de la ecuación financiera de los contratos de interventoría: a) 1339 de 12 de noviembre de 2013; b) 1387 de 4 de diciembre de 2013; y, c) 1425 de 19 de diciembre de 2013; por causas no imputables al contratista?***

Con la finalidad de desatar el interrogante jurídico planteado, la Sala se pronunciará, en primer lugar sobre la procedibilidad del equilibrio de la ecuación financiera del contrato estatal; posteriormente, se descenderá al caso bajo estudio.

2. De la Procedibilidad del Equilibrio de la Ecuación Financiera del Contrato Estatal –Marco normativo y jurisprudencial-

- 2.1. La ecuación económica – financiera del contrato puede verse afectada, por las siguientes causas fundamentales:
- a. Por causas imputables a la administración pública, como sujeto contractual; cuando no cumple en la forma debida sus obligaciones contractuales.

- b. Por causas imputables al Estado y cuyos efectos inciden en el contrato estatal; que comúnmente se conoce como la teoría del “Hecho del Príncipe”.
- c. Por causas no imputables al Estado, que son externas al contrato, pero que alteran la economía del mismo; comúnmente conocida como la teoría de la “imprevisión”.

Lo anterior se manifiesta sin desconocer que a nivel doctrinal y jurisprudencial no existe unanimidad frente al contenido de estos conceptos y sus diferencias esenciales; algunos igualmente hacen relación al “alea administrativa”, como concepto independiente del hecho del príncipe.

2.2. Descendiendo al contenido de la ley 80 de 1993 —normatividad aplicable al caso bajo estudio—, sobre este aspecto merece destacarse lo siguiente:

- a. La ley 80 de 1993 consagra en su artículo 27, el principio de la ecuación contractual al disponer que:

“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones **surgidas al momento de proponer o 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”.

- b. En esta norma se consagra como se ha venido sosteniendo, la regla general en materia de equilibrio económico.
- c. La misma ley 80 de 1993 dentro de su articulado (numeral 1º del artículo 5¹³, numeral 1 del artículo 14¹⁴ y numeral 14 del artículo 25¹⁵), igualmente desarrolla aspectos relacionados con las causas que alteran el contrato desde el punto de vista económico.
- d. Dichas causas son entre otras: los costos imprevistos, el acaecimiento de un hecho económico imprevisto, las fuentes de interpretación y modificación

¹³ **Artículo 5º.-** *De los Derechos y Deberes de los Contratistas.* Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas:

1o. 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.

¹⁴ **Artículo 14º.-** *De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual.* Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

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

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta Ley.

¹⁵ **Artículo 25º.-** *Del Principio de Economía.* . En virtud de este principio: [...]

14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados

unilaterales que desequilibren las prestaciones de las partes, y el incumplimiento de la entidad estatal contratante.

- 2.3. La línea del H Consejo de Estado¹⁶ es pacífica en establecer los efectos jurídicos de la prórrogas y adiciones contractuales en relación con el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, al respecto se reiteró:

“[...] 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.[...]”

*Y es que el principio de la **buena fe** lo impone porque, como ya se dijo y ahora se reitera, 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**”¹⁷ (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.** [...]” (Negrillas fuera de texto).*

- 2.4. Finalmente, la Alta Corporación sostuvo, que “[...] el pacto sin reservas ni objeciones por vicios del consentimiento, da plenos efectos vinculantes a la renuncia en ellos contenidos y, por consiguiente, no da lugar a reconocer ningún valor por la mayor permanencia en la obra. [...]”. Además precisó:

“[...] el reconocimiento de las pretensiones por mayor permanencia en la obra se deberá acreditar (i) la prolongación en el tiempo de la ejecución inicialmente pactada; (ii) que esa extensión obedezca a hechos no imputables al contratista, e imputables a su contraparte; (iii) que el contratista cumpla con su débito contractual, y (iv) que se acrediten los mayores extra costos generados por la mayor permanencia en la obra. [...]”¹⁸

¹⁶ Ver al respecto los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de noviembre de 2001, Expediente. 13356; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, Expediente 18080. 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

¹⁷ Cita Original. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del cinco (5) de marzo de dos mil quince (2015); Expediente. 05001232600019950162802 (26.224).

De conformidad con lo anterior se tiene, que de acuerdo con los efectos jurídicos de la autonomía de la voluntad, **si el contratista en las prórrogas o adiciones contractuales, no deja las respectivas salvedades** o renuncia expresamente a adicionar el valor del contrato como mecanismo de equilibrio de la ecuación financiera del contrato, cualquier reclamación posterior ante el órgano judicial, **se torna improcedente**, habida cuenta, que se estaría desconociendo, no solamente la buena fe contractual, sino además, la teoría de los actos propios.

Lo anterior, sin perjuicio que excepcionalmente el contratista tiene la posibilidad de solicitar el equilibrio de la ecuación financiera del contrato aunque haya suscrito prórrogas o adiciones contractuales sin salvedades; siempre y cuando cuestione la legalidad de éstas, para lo cual le corresponde invocar vicios del consentimiento – error, fuerza o dolo-.

3. Hechos Probados

3.1. Del contrato de Interventoría1339 de 12 de noviembre de 2013.

- a. Entre el MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO NACIONAL, y el señor DARÍO MONTOYA MIER, se suscribió el contrato de Interventoría1339 de 12 de noviembre de 2013, pactándose las siguientes cláusulas: (fl. 25-35 C.2):

[...]PRIMERO: OBJETO DEL CONTRATO.- *En virtud del presente contrato EL CONTRATISTA se obliga con la JEFATURA DE INGENIEROS DEL EJERCITO NACIONAL a realizar LA INTERVENTORA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, AMBIENTAL, JURIDICA Y CONTABLE AL CONTRATO DE OBRA RESULTANTE DEL PROCESO DE LICITACION PUBLICA N° 486 DE 2013 CUYO OBJETO ES REALIZAR: LA CONSTRUCCIÓN DE UN ALOJAMIENTO PARA CADETES UBICADO EN LA ESCUELA MILITAR "JOSE MARIA CORDOBA" UBICADA EN LA CIUDAD DE BOGOTA D.C., de conformidad con el pliego de condiciones del Concurso de Méritos Abierto con Propuesta Técnica Simplificada No. 517 de 2013, y la propuesta presentada a LA ENTIDAD, documentos que forman parte integral del presente contrato. [...]*

TERCERA. VALOR DEL CONTRATO. *El valor total del presente contrato asciende a la suma CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL OCHENTA PESOS MCTE (\$.876.080, 00) INCLUIDO IVA Y UTILIDAD, que corresponde al valor total de la interventoría de la obra a ejecutar descrita en la cláusula primera del presente contrato, hasta la entrega a satisfacción de la obra [...]*

- b. Durante la ejecución del contrato de Interventoría1339 de 12 de noviembre de 2013, se suscribieron las siguientes modificaciones:

| Fecha | Objeto | Causa | Estipulación de equilibrio económico |
|----------------|----------------------|-------------------|--------------------------------------|
| Modificación 1 | Modifica la forma de | El interventor ha | Se modifica el pago total al |

| | | | |
|---|---|--|--|
| 1 de septiembre de 2014 ¹⁹ | pago | mantenido todo el personal en obra | final, de la obra, por pagos parciales de conformidad con los avances de la ejecución de la obra |
| Modificación 2 29 de septiembre de 2014 ²⁰ | Modifica el plazo contractual hasta el 30 de diciembre de 2014. | Retraso en la obra por lluvias y diseños de la red de Gas. | No se estableció. – Sin observaciones por parte del contratista |

- c. El 25 de mayo de 2015, se liquidó bilateralmente el contrato de Interventoría 1339 de 12 de noviembre de 2013. En este acta el Interventor dejó la siguiente salvedad “[...]La interventoría manifiesta que se reserva el derecho a reclamar ante la Entidad por mayores costos de personal administrativo y financiero en que haya podido incurrir durante la ejecución del contrato derivados de la mayor permanencia en el mismo por causas ajenas a su voluntad [...]” (fl. 43-44 c.2):

3.2. Del contrato de Interventoría 1387 de 4 de diciembre de 2013.

- d. Entre el MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO NACIONAL, y el señor DARÍO MONTOYA MIER, se suscribió el contrato de interventoría 1387 de 4 de diciembre de 2013, pactándose las siguientes cláusulas: (fl. 109-118 C.2):

[...]PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO.- En virtud del presente contrato EL CONTRATISTA se obliga con la JEFATURA DE INGENIEROS DEL EJERCITO NACIONAL a realizar LA INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, AMBIENTAL, JURIDICA Y CONTABLE AL CONTRATO DE OBRA RESULTANTE DEL PROCESO DE LICITACION PUBLICA N° 553 DE 2013 CUYO OBJETO ES LA CONSTRUCCIÓN DEL EDIFICIO DE JUSTICIA PENAL MILITAR; UBICADO EN EL CANTÓN CALDAS EN LA CIUDAD DE BOGOTA D.C., de conformidad con el pliego de condiciones del Concurso de Méritos N° 554 de 2013, la propuesta técnica y económica presentada a LA ENTIDAD, documentos que forman parte integral del presente contrato. [...]

TERCERA. VALOR DEL CONTRATO. El valor total de presente contrato, incluido el IVA, asciende a la suma de NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONE OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CUARENTA PESOS (\$ 967.868.040,00) M/CTE, INCLUIDO IVA Y UTILIDAD, [...]

- b. Durante la ejecución del contrato de interventoría 1387 de 4 de diciembre de 2013, se suscribieron las siguientes modificaciones:

| Fecha | Objeto | Causa | Estipulación de equilibrio económico |
|----------------------------------|---------------------------|---------------------------|--|
| Modificación 1 10 de abril de | Modifica la forma de pago | Solicitud del interventor | Se modifica el pago total al final, de la obra, por pagos parciales de conformidad |

¹⁹ Folio 36-39 c.2

²⁰ Folio 40-42 c.2

| | | | |
|---|--|---|---|
| 2014 ²¹ | | | con los avances de la ejecución de la obra |
| Modificación 2 22 de diciembre de 2014 ²² | Modifica el plazo contractual hasta el 30 de septiembre de 2015. | Dificultades en la definición de los planos topográficos, y ubicación final del proyecto. | No se estableció. – Sin observaciones por parte del contratista |
| Contrato adicional 30 de septiembre de 2015 ²³ | Modifica: a) el plazo contractual hasta el 1 de junio de 2016; y, b) adiciona el valor del contrato en la suma de \$199.428.571.00 | Cambio en los diseños. | Se reconoce aspectos económicos a favor del contratista. |

3.3. Del contrato de Interventoría 1425 de 19 de diciembre de 2013.

- a. Entre el MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO NACIONAL, y el señor DARÍO MONTOYA MIER, se suscribió el contrato de interventoría 1425 de 19 de diciembre de 2013, pactándose las siguientes cláusulas: (fl. 69 -77 C.2):

***[...]CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO DEL CONTRATO:** En virtud del presente contrato EL CONTRATISTA se obliga a ejercer la INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, FINANCIERA, AMBIENTAL, JURIDICA Y CONTABLE AL CONTRATO DE OBRA RESULTANTE DEL PROCESO DE LICITACION PUBLICA No. 575 JEING 2013, CUYO OBJETO ES REALIZAR LA PRIMERA ETAPA DE LA CONSTRUCCIÓN DEL EDIFICIO DE AULAS PARA LA ESCUELA SUPERIOR DE GUERRA UBICADA EN EL CANTON NORTE EN LA CIUDAD DE BOGOTA D.C., de conformidad con lo dispuesto en el Concurso de Méritos No 626 de 2013 y la oferta presentada de acuerdo con el cierre del proceso, documentos que forman parte integral del presente contrato [...]*

***CLÁUSULA TERCERA.- VALOR DEL CONTRATO:** El valor del presente contrato asciende a la suma de SETECIENTOS NUEVE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS PESOS (\$709.786.600.00) M/CTE, Incluido IVA Y UTILIDAD [...]*

- b. Durante la ejecución del contrato de interventoría 1425 de 19 de diciembre de 2013, se suscribieron las siguientes modificaciones:

| Fecha | Objeto | Causa | Estipulación de equilibrio económico |
|--|--|-----------------------------------|--|
| Modificación 1 10 de diciembre de 2014 ²⁴ | Modifica el plazo contractual, hasta el 30 de abril de 2015. | Reubicación de redes hidráulicas. | Dentro del texto de la modificación, el contratista no dejó establecida inconformidad alguna |

²¹ Folio 119-123 c.2 Retraso en la obra

²² Folio 123-126 c.2

²³ Folio 113-117 c.3

| | | | |
|--|---|--|--|
| | | | frente a los costos económicos. Sin embargo, de manera unilateral, el contratista dejó al final del documento una observación relacionada a que se reservaba el derecho a reclamar posteriormente. |
| Modificación 2 29 de abril de 2015 ²⁵ | Modifica el plazo contractual hasta el 30 de junio de 2015. | Exigencias realizadas por CODENSA frente a las redes eléctricas. | Dentro del texto de la modificación, el contratista no dejó establecida inconformidad alguna frente a los costos económicos. Sin embargo, de manera unilateral, el contratista dejó al final del documento una observación relacionada a que se reservaba el derecho a reclamar posteriormente. |

c. El 17 de septiembre de 2015, se liquidó bilateralmente el contrato de Interventoría 1425 de 19 de diciembre de 2013. En este acta el Interventor dejó la siguiente salvedad “[...]La interventoría manifiesta que se reserva el derecho a reclamar ante la Entidad por mayores costos de personal administrativo y financiero en que haya podido incurrir durante la ejecución del contrato derivados de la mayor permanencia en el mismo por causas ajenas a su voluntad [...]” (fl. 143-145 c.3):

3.4. En la audiencia de pruebas el contratista DARÍO MONTOYA MIER, mediante el **interrogatorio de parte** confesó, que “[...] En el momento en que se suscribieron los contratos no se hizo la reclamación, sino que se realizó con posterioridad [...]” (Ver minuto: 11:13:26. Fl. 317 c.1)

4. Del Caso Concreto

Precisa la Sala, que inicialmente se presentaran unas consideraciones de orden general para todos los contratos de interventoría; y posteriormente, se formularan unos argumentos independientemente para cada una de las relaciones jurídico negociales.

4.1. Consideraciones de orden general

a. En primer lugar, advierte la Sala, que se torna improcedente la solicitud de desequilibrio de la ecuación financiera del contrato, cuando la causa de los valores que se reclaman hacían parte de los riesgos previsibles, que fueron distribuidos en la etapa precontractual.

Al respecto el H Consejo de Estado, ha precisado:

“[...] En orden a articular lo plasmado respecto de la distribución de riesgos con la figura del equilibrio económico del contrato²⁶,

²⁴ Folio 78-79 c.2

²⁵ Folio 80-84 c.2

*imperioso resulta advertir que la fractura de la ecuación financiera puede tener cabida en el escenario de un contrato con matriz de riesgos, **cuando la concreción de la causa generadora de la misma desborde los límites de la asunción de quien lo padece.***

*Resulta que el desequilibrio económico del contrato comporta el desbalance de la carga prestacional en las condiciones pactadas al suscribir el negocio jurídico, de suerte tal que **al concebir el riesgo asumido como parte integral de esas condiciones convenidas de inicio por las partes**, su concreción dentro del margen acordado y aceptado **no habría de tener vocación para impactarlas negativamente.***

*Por contera, si el riesgo que acontece se enmarca **dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico** del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo **ya fue cubierto por la respectiva matriz** y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada [...]”²⁷*

En el presente asunto, los valores que se reclaman como fundamento del rompimiento de la ecuación financiera del contrato, **hacen parte de la matriz de riesgos**, en donde el propio contratista, en ejercicio de la autonomía de voluntad, aceptó que las prórrogas del contrato de interventoría a consecuencia de la ampliación del plazo del contrato de obra, **no generarían mayores costos, ni mayor permanecía en obra.**

- b. En segundo lugar, de conformidad con la confesión del propio contratista, está igualmente demostrado, que **la solicitud de equilibrio es extemporánea**, por cuanto fue presentada con posterioridad a la celebración de las modificaciones contractuales, aspecto que no es de recibo, habida cuenta, que el contratista, pretende desconocer sus propios actos con la finalidad de obtener un equilibrio de la ecuación financiera en sede judicial; actitud que abiertamente va en contravía de la buena fe contractual, toda vez, que **durante la ejecución del contrato no presentó reparos frente a los presuntos mayores costos ocasionados.**

Dicho de otra manera, para la Sala no es recibo, que el contratista acepte el equilibrio de la ecuación financiera del contrato materializada en el valor del contrato; y sus respectivas modificaciones, pero solicite mayores costos de obra, cuando los contratos ya se encontraba en la etapa de liquidación.

4.2. Consideraciones específicas

- a. En relación con las **salvedades**, que se dejaron en las actas de liquidación bilateral de los contratos 1339 de 12 de noviembre de 2013, y 1425 de 19

²⁶ Cita original. *Ello sin dejar de insistir en que existen circunstancias generadoras de desequilibrio económico del contrato que depende de la voluntad de la parte contratante como el ejercicio ius variandi y el hecho del príncipe que no son materia de distribución en cabeza del contratista por derivarse directamente del comportamiento exclusivo de la entidad.*

²⁷ CONSEJO DE ESTADO; SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A; Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO; veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017); Radicación: 080012333000201300105 01 (51526). Reiterada en: SECCIÓN TERCERA; SUBSECCIÓN A; Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO; veintitrés (23) de octubre de dos mil diecisiete (2017); Radicación número: 25000-23-26-000-2012-00035-01(53875).

de diciembre de 2013; así como las observaciones establecidas las modificaciones del contrato 1425 de 19 de diciembre de 2013, esta no cumplen, los presupuestos establecidos por la jurisprudencia relacionados, a que las salvedades deben ser **claras, concretas y específicas**.

Al respecto, el H Consejo de Estado ha señalado:

*“[...] En efecto, la finalidad y propósito de las salvedades que se plasman en el acta de liquidación consiste en reservar el derecho del contratista para acudir posteriormente ante la autoridad judicial a reclamar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato que considera insatisfechas. De ahí que las **constancias concretas de inconformidad, en ese único y preciso momento, sean las que definan el futuro procesal de los reclamos**, debido a los efectos que en el mundo del derecho están llamadas a producir las manifestaciones de voluntad, cuestión que cobra mayor importancia si se tiene presente que en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes tienen la facultad y el poder de disponer, o no, de los derechos derivados del contrato [...]”²⁸.*

En el caso concreto, el demandante se limitó simplemente a indicar, que se reserva el derecho a reclamar posteriormente por mayores costos de obra, pero en ningún caso específico, cuales eran las causas del presunto desequilibrio de la ecuación financiera del contrato, como tampoco específico, los costos adicionales, que se habían ocasionado durante la ejecución de los contratos de interventoría.

b. Finalmente, resalta la Sala, que la ENTIDAD ESTATAL **durante la ejecución del contrato equilibró la ecuación financiera de los contratos**, así:

- En los contratos 1339 de 12 de noviembre de 2013, y 1387 de 4 de diciembre de 2013, se modificó la forma de pago, con la finalidad de pagarse de acuerdo a los avances de la obra.
- Además, en el contrato, 1387 de 4 de diciembre de 2013, a pesar de la matriz de riesgos, la entidad aumentó el valor del contrato en la suma de **\$199.428.571.00**.

En consecuencia, teniendo en cuenta, que **está demostrado**, que las sumas de dinero solicitados por concepto de rompimiento de la ecuación financiera de los contratos de interventoría corresponde: **a) Riesgos previsibles asumidos por el**

²⁸ CONSEJO DE ESTADO; SECCION TERCERA; Consejero ponente (E) Hernán Andrade Rincón; 27 de mayo de 2015, Exp.38.695. Reiterada en: SECCION TERCERA; Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth; catorce (14) de junio de dos mil diecisiete (2017); Radicación: 250002326000200401701 02. “[...]En el sub-lite, la “salvedad” dejada por el contratista en el acta de liquidación bilateral del contrato objeto de la controversia, no reviste la claridad, concreción y especificidad necesarias para tenerla como tal, puesto que no se enuncian siquiera las causas de los supuestos extra- costos sobre los que el demandante dijo reservarse el derecho a reclamar, lo que le permitiría -de admitirlo el juez-, elevar pretensiones de toda índole, puesto que son muchos y muy variados los eventos que, en la ejecución de un contrato, pueden dar lugar a mayores costos de los previstos y acordados por las partes.

39. Como consecuencia de ello, se desvirtuaría totalmente la razón de ser del acto de liquidación del contrato, que no es otra que la de extinguir definitivamente la relación negocial y permitir que las partes se declaren a paz y salvo, sin dejar de lado que ello constituiría una violación del derecho de defensa de la contratante, puesto que podría ser sorprendida, ya en la instancia judicial, con una serie de reclamaciones de las cuales ni siquiera tuvo oportuno conocimiento en el momento indicado para ello, como lo es precisamente, el de la liquidación del contrato. [...]”

contratista; **b)** que la solicitud de equilibrio se realizó extemporáneamente; **c)** que las salvedades no fueron claras, concretas y específicas; y, **d)** que la ENTIDAD ESTATAL durante la ejecución de los contratos equilibró la ecuación financiera del contrato; la Sala negará las pretensiones de la demanda.

C. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA – INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL-

Frente a este punto el demandante, formuló una pretensión subsidiaria de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad estatal, de igual manera como pretensión consecencial, solicitó, que se declare el rompimiento de la ecuación financiera.

Al respecto se observa, que la parte actora no cumplió con la carga procesal probatoria de demostrar el incumplimiento de las obligaciones a cargo la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO NACIONAL; por el contrario, está demostrado que la entidad estatal realizó todos los pagos al CONTRATISTA conforme a las estipulaciones pactadas en los contratos y en sus respectivas modificaciones.

En consecuencia, ante el incumplimiento de la carga procesal probatoria la Sala negará las pretensiones subsidiarias.

D. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

A diferencia del CCA, (artículo 171), el nuevo CPACA (artículo 188²⁹), no consagra un criterio subjetivo como el de la “conducta de las partes” a efecto de la condena en costas; por consiguiente se aplicara el elemento objetivo de la “parte vencida en el proceso” y su liquidación y ejecución, se regirá por las normas del Código General del Proceso.

Descendiendo al caso en concreto la Sala no encuentra que se hayan causado costas. Por otro lado, de conformidad con la normatividad que rige las agencias en derecho y el valor de las pretensiones negadas³⁰, se fijan agencias en derecho a favor de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL- la suma de **CUARENTA Y CINCO MILLONES PESOS MCTE (\$45.000.000.00)**, las cuales deberá pagar el señor DARÍO MONTOYA MIER, una vez quede ejecutoriada esta providencia.

En mérito de lo expuesto LA SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN “A” DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Se niegan las pretensiones de la demanda, de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia.

²⁹ **Artículo 188. Condena en costas.** 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.

³⁰ Las pretensiones de la demanda asciende a la suma de \$577.952.181.00 (fl. 13 c.1)

SEGUNDO: Se fijan como agencias en derecho a favor de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO NACIONAL, la suma de **CUARENTA Y CINCO MILLONES PESOS MCTE (\$45.000.000.00)**, las cuales deberá pagar el señor DARÍO MONTOYA MIER, una vez quede ejecutoriada esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por secretaria de la sección los gastos ordinarios del proceso y en caso de remanentes devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad con lo establecido por los artículos 7 y 9 del Acuerdo N° 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,
(Aprobado en sesión de la fecha. Acta No.).

JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ
Magistrado

BERTHA LUCY CEBALLOS POSADA
CASTRO
Magistrada

ALFONSO SARMIENTO
Magistrado

MADA