



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Referencia	25000-23-26-000-2012-00033-00
Sentencia	SC3-22032604
Acción	Controversias contractuales
Demandante	Grupo Fawcett S.A.S. y otro
Demandado	Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, hoy Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia
Tema	Requisitos para que proceda la declaratoria de desequilibrio económico del contrato. Equilibrio económico del contrato se reconocerá sólo si fue oportunamente solicitado dentro de la ejecución del contrato. Pliego de condiciones: definición, naturaleza jurídica.

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El 19 de diciembre de 2011, las sociedades integrantes del consorcio Fawcett – AMP: Grupo Fawcett S.A.S. y AMP Méndez & Asociados Proyectos de Ingeniera LTDA presentaron demanda de controversias contractuales contra el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá. El 9 de julio de 2012 se reformó la demanda. Expresamente solicitaron como pretensiones lo siguiente:

1. Declárese que la demandada incumplió el deber de restablecer el equilibrio económico del contrato No. 417 de 2008, por la falta de pago al contratista del valor de las licencias de urbanismo y construcción necesarias para la ejecución de la edificación diseñada por el consorcio integrado por los demandantes.
2. Declárese el incumplimiento de la demandada a su deber de restablecer el equilibrio económico del contrato No. 417 de 2008 por la falta de reconocimiento y pago de los perjuicios por la suspensión injustificada del contrato, concretados en la imposibilidad de facturar los valores correspondientes a la entrega de las licencias y los sobrecostos por el stand by del personal destinado a la gestión y tramite de las licencias.
3. Declárese que la demandada incumplió el deber de planeación en el contrato No. 417 de 2008 por la falta de previsión de la ventilación mecánica y el aire acondicionado en la edificación cuyo diseño se contrató al consorcio integrado por los demandantes, así como por la falta de definición de las áreas respecto de las cuales se iba implantar el diseño contratado, lo que generó mayores áreas de diseño.
4. En consecuencia de la pretensión No. 1, condénese a la demandada a pagar al contratista la suma de \$207'718.042, correspondientes a los valores de las licencias pagadas por el contratista.
5. En consecuencia de la pretensión No. 2, condénese a la demandada a pagar al contratista \$8'120.176, equivalente al valor de los perjuicios por la suspensión injustificada del contrato en el periodo entre agosto 23 de 2009

- y noviembre 23 de 2009, los cuales se liquidan como intereses del monto de la factura No. 012 durante el periodo en que se suspendió el contrato, o lo que resulte probado dentro del proceso.
6. En consecuencia de la pretensión No. 2, condénese a la demandada a pagar al contratista \$22'371.521, equivalente al valor del stand by del personal contratado para la gestión y trámite de licencias durante la suspensión injustificada del contrato en el periodo entre agosto 23 de 2009 y noviembre 23 de 2009, o lo que resulte probado dentro del proceso.
 7. En consecuencia de la pretensión No. 3, condénese a la demandada a pagar al contratista \$10'000.000 equivalente al valor de los estudios y diseños para la ventilación mecánica y el aire acondicionado de la edificación diseñada por el contratista, o lo que resulte probado dentro del proceso.
 8. En consecuencia de la pretensión No. 3, condénese a la demandada a pagar al contratista \$457'645.657, equivalente al valor de los costos por las mayores áreas de diseño resultantes con posterioridad a la presentación de la propuesta y a la celebración del contrato No. 417 de 2008, o lo que resulte probado dentro del proceso.
 9. Sírvase indexar las condenas que se solicitan en las pretensiones No. 4, 5, 6, 7 y 8 desde la fecha en que se efectuó el desembolso de dichas sumas de dinero por parte del consorcio contratista y hasta el momento en que se efectúe el pago por la demandada.

Como fundamento de las pretensiones se señaló que el 18 de diciembre de 2008 los demandantes, quienes integraban el consorcio Fawcett – AMP, suscribieron el contrato No. 417 con el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, con el objeto de “realizar el diseño arquitectónico y los estudios técnicos para la construcción de la nueva sede administrativa del comando de la Policía Metropolitana de Bogotá D.C.”

El 26 de diciembre de 2008 la entidad contratante le informó al contratista la ubicación y denominación del predio en el que se implantaría el diseño contratado. Éste era el predio denominado El Triunfo 3, ubicado en la Cra. 56ª No. 24-96 de Bogotá.

Como consecuencia del proceso de consultoría y de los diferentes comités con el Fondo, la Policía Nacional y el contratista, el consorcio contratista, en cumplimiento de todas las normas vigentes, diseñó e hizo entrega mediante acta de fecha noviembre 21 de 2009 de la totalidad de los estudios y diseños correspondientes a un edificio de 6 pisos y 1 sótano, con un área total construida de 32.664,37 m².

El 19 de agosto de 2010 el contratista entregó la licencia de construcción y urbanismo debidamente aprobada y ejecutoriada por parte de la Curaduría Urbana No. 1 de Bogotá. El 8 de noviembre de 2010 se liquidó el contrato, pero se dejó la salvedad de “no declararse a paz y salvo por todo concepto, por cuanto se incurrió en mayores costos durante la ejecución del contrato, de tal manera que formulará la reclamación correspondiente”. Así, consideró que se causó un desequilibrio económico del contrato atribuible a la demandada por las siguientes razones:

➤ **Mayores costos en el trámite de la licencia de urbanismo y construcción.**

Aunque dentro de sus obligaciones específicas estaba la de tramitar la licencia de construcción aprobada por la respectiva curaduría urbana, para la sede administrativa de la

policía metropolitana de Bogotá, el valor contemplado en la propuesta económica del contratista no fue suficiente porque con posterioridad a la firma del contrato se alteraron las condiciones, pues la entidad contratante pidió aumentar el programa de espacios y número de parqueaderos en un área adicional de 8.490 m², lo cual se formalizó mediante otrosí No. 1.

Como consecuencia de esta solicitud adicional de la contratante, el contratista debió esclarecer y definir los linderos del predio, para lo cual debió realizar diferentes trámites y gestiones. Por el trámite de la licencia debió asumir un costo total de \$207'718.042, correspondiente a la liquidación de expensas emitida por la Curaduría Urbana con fecha 13 de mayo de 2010.

➤ **Mayores áreas de diseño.**

Aunque en la etapa precontractual se había hablado de un área construida de 17.500 m², el Fondo, con el otrosí No. 1 al contrato, definió que el área a diseñar era de aproximadamente 25.990 m², área que finalmente fue modificada de manera definitiva a 32.664,37 m².

Sin embargo, la parte actora no especificó qué costos adicionales le generó esta modificación.

➤ **Estudios adicionales para la ventilación mecánica y el aire acondicionado.**

Aunque el contrato no lo contemplaba y la entidad contratante nunca se pronunció respecto de la solicitud del contratista de adicionar el contrato para la ejecución de los estudios para los sistemas de ventilación mecánica y aire acondicionado, el contratista, teniendo en cuenta las características técnicas de la edificación encomendada y sabiendo que sin dicho sistema se afectaría su calidad y funcionalidad, realizó los estudios adicionales requeridos, sin que a la fecha el contratante los haya pagado. El valor de tales estudios ascendió a \$29'309.757, en mayo de 2009.

➤ **Mayor tiempo en la realización de actividades contractuales.**

Aunque el contratista reunió todos los requisitos para radicar la solicitud de licencias de urbanismo y construcción del proyecto el 24 de agosto de 2009, sólo lo pudo realizar hasta el 23 de noviembre de 2009, cuando la entidad contratante entregó el poder requerido por parte de la Policía Nacional para tal fin.

Dicha mora retrasó la radicación de la factura No. 0012, cuyo cobro debía efectuarse una vez se expidiera la licencia de construcción. Además de obligar a tener contratado por mayor tiempo al personal encargado de tramitar dicha licencia.

2. Actuación procesal.

El 19 de diciembre de 2011 se radicó la demanda. El 16 de marzo de 2012 se inadmitió la demanda. El 26 de abril de 2012 se admitió la demanda. El 3 de julio de 2012 la demandada contestó la demanda. El 9 de julio de 2012 se reformó la demanda. El 18 de junio de 2013 se admitió la reforma a la demanda. El 29 de octubre de 2013 la accionada contestó la reforma a la demanda. El 11 de febrero de 2014 se abrió a etapa probatoria el proceso. El

12 de marzo de 2019 se decretó la sucesión procesal del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá a la Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia como parte demandada. El 16 de diciembre de 2021 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Procurador para emitir concepto. El 25 de enero de 2022 la parte actora alegó de conclusión. La demandada no alegó de conclusión y el Procurador no emitió concepto. El 14 de febrero de 2022 ingresó el proceso al Despacho para fallo.

3.- Contestación de la demanda.

El Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá contestó la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones. Argumentó que no era cierto que se hubiera generado ningún desequilibrio económico del contrato. Las modificaciones que se hicieron al contrato se realizaron de manera bilateral y el contratista las aceptó sin objeción alguna.

En cuanto al costo adicional que pretendía se le reconociera por la ventilación mecánica y el aire acondicionado indicó que tales estudios hacían parte de la entrega del contratista. Desde el punto de vista técnico, estos sistemas eran necesarios por la magnitud y complejidad del proyecto y eran necesarios para que pudiera ejecutarse en debida forma el objeto contractual. Esto es, estaban incluidos dentro del objeto contractual.

4.- Alegatos de las partes y concepto del Ministerio Público.

La parte actora alegó de conclusión. Reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Insistió en el cobro de los mayores costos generados por (i) la mayor cantidad de áreas diseñadas; (ii) mayor tiempo en la realización de actividades contractuales, especialmente la mora en la radicación de la solicitud de licencia de construcción por causa imputable a la demandada; (iii) licencia de construcción y urbanismo; y (iv) diseños de ventilación mecánica y aire acondicionado.

El Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá no presentó alegatos.

El agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II. DECISIONES PARCIALES SOBRE EL PROCESO

La Sala encuentra que revisado integralmente el proceso se encuentran cumplidos y garantizados el derecho al debido proceso de las partes y el derecho a la tutela de los derechos, por lo tanto, se proferirá la sentencia.

III. PRECISIÓN DEL CASO, PROBLEMA Y TESIS JURÍDICA

Precisión del caso.

Los demandantes, quienes integraron el Consorcio Fawcett – AMP, celebraron contrato con el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá con el objeto de “realizar el diseño arquitectónico y los estudios técnicos para la construcción de la nueva sede administrativa del comando de la Policía Metropolitana de Bogotá D.C.”

En criterio de los demandantes, aunque se cumplió a cabalidad con el objeto contractual, su ejecución ocasionó un desequilibrio económico del contrato porque: (i) la entidad

contratante aumentó el área objeto del contrato, lo que a su vez ocasionó incurrir en mayores costos para el trámite de la licencia de urbanismo y construcción; (ii) debieron hacerse estudios para la ventilación mecánica y el aire acondicionado, pues aunque no los había contemplado la entidad, eran absolutamente necesarios para el correcto diseño del edificio; y (iii) hubo mora en la radicación de la solicitud de licencia de construcción porque la entidad tardó 3 meses en entregar el poder requerido por parte de la Policía Nacional para tal fin, lo que les obligó a mantener contratado al personal encargado de dicho trámite por más tiempo y lo que ocasionó que se retrasara el cobro de la factura No. 012, la cual se pagaba una vez se expediera la licencia.

Por lo anterior, la parte actora persigue que se declare el incumplimiento de la demandada en cuanto a su deber de planeación y que se restablezca el equilibrio económico del contrato, reconociéndoles los mayores costos en que incurrieron a propósito de la ejecución de este.

Problema jurídico.

¿Se acreditó que la demandada incumplió con su deber de planeación por (i) no haber definido previamente las áreas a intervenir y (ii) no haber previsto que se requerían estudios para la ventilación mecánica y el aire acondicionado en la edificación?

¿Se acreditaron los elementos necesarios para que se configure el desequilibrio económico del contrato 417 de 2008 celebrado entre el Consorcio Fawcett – AMP y el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá ocasionado porque: (i) el consorcio contratista fue el que pagó la licencia de construcción cuando ello correspondía a la contratante; y (iii) hubo mora en la radicación de la solicitud de licencia de construcción por culpa de la entidad lo que a su vez ocasionó a) mora en la radicación de la factura No. 012 y b) tener que mantener al personal encargado de dicho trámite contratado pero sin hacer nada?

Tesis de la Sala.

La tesis de la Sala es que deben negarse las pretensiones de la demanda, porque:

- No se acreditó que la demandada incumpliera con su deber de planeación por no haber definido previamente las áreas a intervenir. Todo lo contrario, se demostró que las áreas estaban previamente determinadas pero que en ejecución del contrato, durante el diseño, se evidenció la necesidad de intervenir una mayor área, por lo que se celebró el otrosí No. 1 y se adicionó el valor del contrato en la suma requerida para tal fin.
- No se acreditó que la demandada incumpliera con su deber de planeación por no haber previsto que se requerían estudios para la ventilación mecánica y el aire acondicionado en la edificación. Todo lo contrario, se probó que desde el pliego de condiciones la entidad los contempló y se establecieron como una de las obligaciones del contratista.
- No hay lugar a restablecer el equilibrio económico del contrato en el sentido de ordenar a la entidad demandada a pagar a la demandante lo que pagó por concepto de licencia de urbanismo y construcción, pues desde el pliego de condiciones y en el contrato mismo se estableció que tal pago lo haría el contratista y que para ello, debía contemplarse tal gasto en la propuesta económica que se presentara a la entidad en la etapa precontractual.
- No hay lugar a restablecer el equilibrio económico del contrato por mora en la radicación de la solicitud de licencia de construcción por culpa de la entidad demandada, lo que a su vez, en criterio de la parte actora, demoró la radicación y pago de la factura No. 012

y obligó al contratista a tener contratado al personal encargado de ese trámite sin hacer nada, porque ninguno de esos dos supuestos se demostró en el proceso.

IV. CONSIDERACIONES

1.- Presupuestos procesales de la acción.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del CCA¹ y el numeral 1 del artículo 133 del CCA, esta Sala es competente para conocer del presente proceso, en razón a la naturaleza del asunto y a la cuantía, como quiera que se trata de demanda de controversias contractuales, cuya cuantía supera los 500 SMLMV.

1.2.- Caducidad de la acción.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 136 del CCA, no hay caducidad de la acción en tanto el contrato finalizó su ejecución el 21 de noviembre de 2009, se liquidó bilateralmente con salvedades el 8 de noviembre de 2010 y la demanda se presentó el 19 de diciembre de 2011.

1.3.- Legitimación en la causa.

Conforme lo señalado en el artículo 87 del CCA, las sociedades Grupo Fawcett S.A.S. y AMP Méndez & Asociados Proyectos de Ingeniera LTDA se encuentra legitimadas en la causa por activa por haber sido las integrantes del consorcio Fawcett – AMP, que celebró con el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá el contrato respecto al que ahora se reclama incumplimiento contractual y desequilibrio económico.

Por las mismas razones, el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, ahora Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia se encuentra legitimada en la causa por pasiva.

2.- Argumentación Jurídica.

2.1.- Principio pacta sunt servanda.

Como es bien sabido los contratos, como expresión de la autonomía de la voluntad, son ley para las partes y deben ser cumplidos en los términos y condiciones que establezcan sus cláusulas (art. 1602 Código Civil), por lo tanto, son fuente de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones por cualquiera de las partes contratantes (lex contractus, pacta sunt servanda).

Los contratos con prestaciones correlativas se configura una relación de interdependencia de las obligaciones recíprocas y, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil, esa regla impone la inadmisibilidad de que una de las partes del contrato exija a la otra que

¹ **Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.** La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno. La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional.

satisfaga sus obligaciones, mientras ella misma se encuentre en mora de cumplir lo pactado (Exceptio non adimpleti contractus)².

2.2.- Pliego de condiciones.

2.2.1.- Definición.

Según ha establecido el Consejo de Estado, "el pliego de condiciones se erige en uno de los conjuntos normativos que rige las licitaciones públicas³ y constituyen un todo lógico y sistemático conformado por reglas objetivas definidas a partir del objeto del proyecto consolidado por la administración y de las necesidades reales de la comunidad."⁴

A su vez, dispone el artículo 24 de la Ley 80 de 1993:

ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio: (...) 5o. En los pliegos de condiciones:

- a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.
- b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.
- c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.
- d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.
- 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.
- f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

De acuerdo con la anterior disposición normativa, las entidades estatales y los proponentes están sometidos al pliego de condiciones.

En desarrollo del principio de transparencia es obligatorio que la escogencia de los contratistas esté precedida de un conjunto de reglas que rijan todo el proceso de selección y adjudicación, así como todo lo atinente al contrato que se proyecta celebrar, de tal suerte

² Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 30 de enero de 2013, Radicación número: 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217), C.P (E) Danilo Rojas Betancourth. "El artículo 1609 del Código Civil prevé que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. Norma que, además de regular la mora en los contratos bilaterales, que descansa en el aforismo con arreglo al cual "la mora de uno purga la mora del otro", consagra la exceptio non adimpleti contractus, medio de defensa que puede invocar una de las partes del contrato cuando no ha cumplido porque la otra tampoco lo ha hecho, caso en el cual su conducta no es tomada como antijurídica. (...) Sin embargo, la jurisprudencia tiene determinado que esta institución en materia de contratos estatales debe ser armonizada con las reglas del derecho público. La exceptio non adimpleti contractus tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones, siendo en ese caso procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio. Sentencia de 15 de octubre de 2015. Radicación: 250002326000200900003 01 (43.343)

⁴ Reiteración de la jurisprudencia Consejo de Estado del 13 de febrero de 2015, Exp: 30.161 y del 11 de mayo de 2015, Exp: 34.510

que queden definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue, conjunto de reglas que constituye precisamente el pliego de condiciones y por consiguiente éste se constituye en una regulación que cobija imperativamente a todo el iter contractual⁵.

2.2.2.- Naturaleza jurídica.

Conforme lo ha señalado el Consejo de Estado, los pliegos de condiciones tienen una doble naturaleza jurídica; (i) de una parte y previamente a la adjudicación del contrato, se constituyen en un acto administrativo de carácter general que rige el proceso de selección del contratista y sus reglas son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los proponentes y, de otra parte, (ii) una vez celebrado el contrato se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico a celebrarlo.⁶

Sobre la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones, la doctrina ha señalado⁷:

(...) Los pliegos, términos de referencia o solicitudes de oferta comparten una doble naturaleza administrativa, según la perspectiva de su ámbito de aplicación. En primer lugar, constituyen verdaderos actos administrativos de carácter general, de obligatorio cumplimiento para la administración y los proponentes, dentro de los procedimientos de escogencia correspondientes. En segundo lugar, una vez escogido el contratista, y en la medida en que se consideren parte integrante del contrato a celebrarse, su contenido normativo constituirá el marco de condiciones básico para la interpretación y aplicación del contrato; de ahí que se sostenga su naturaleza de instrumento generador de regulaciones concretas y específicas respecto del contrato, su ejecución y liquidación (...)

Componente importante de los pliegos, términos de referencia o solicitudes de oferta es el que se relaciona con el establecimiento de factores y demás reglas pertinentes para permitir ofrecimientos coherentes dentro del respectivo procedimiento de escogencia de contratistas. Según el literal b del 24.5 de la Ley 80 de 1993, las variables que se deben utilizar para la escogencia de contratistas, que necesariamente deben ser el producto de toda la experiencia decantada en el proceso de planeación y fundamentalmente a partir del proyecto definido en este proceso, deben quedar expresas en estos documentos básicos del contrato estatal. Según la disposición enunciada, en los pliegos de condiciones o términos de referencia "Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. (...)

A más de la garantía de objetividad de las reglas y variables incorporadas en estos documentos, el legislador exige que las mismas sean: claras, es decir, no

⁵ Ver CONSEJO DE ESTADO Sentencias del 22 de mayo de 2013 y 12 de febrero de 2014. Exps. 25592 y 25751 respectivamente.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Exp. 16.041.

⁷ José Roberto Dromi. La licitación pública, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1997, p. 92: el pliego de condiciones "... constituye en realidad la ley de la licitación, y en consecuencia la ley del contrato, toda vez que en él se especifica el objeto de la contratación y se prescriben los derechos y obligaciones del licitante y los licitadores, y luego los del Estado y su co-contratante o adjudicatario de aquella..."; citado en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, quince (15) de octubre de 2015. Radicación: 250002326000200900003 01 (43.343)

generen dudas o discusiones profundas sobre el alcance de la misma; completas, en el sentido de que su proposición debe comprender la totalidad de los aspectos formal y esencialmente indispensables para identificar la idea o el propósito de la administración con la existencia de la regla o de la norma correspondiente; por último, debe tratarse de disposiciones justas, esto es, conformes con el ordenamiento jurídico y sin la virtualidad de atentar contra los derechos fundamentales de los participantes en el proceso de escogencia, obligándolos incluso a cumplir exigencias que atenten contra su dignidad, su patrimonio o los derechos adquiridos con justo título. (...)

En este sentido y para efectos de establecer la base legal de la participación dentro del correspondiente procedimiento de escogencia de contratistas, se deben indicar "... los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección...", esto es, los requerimientos en realidad necesarios para que quien desee ofrecer sus bienes o servicios a la entidad estatal lo haga en condiciones de igualdad con todos y cada uno de los sujetos que en el tráfico jurídico ordinario pueden ofrecer dichos bienes o servicios. Sería reprochable, desde cualquier punto de vista, que se incorporaran en los pliegos requisitos violatorios del principio de igualdad o de interpretación subjetiva, que pudieran dar lugar a frustrar la participación dentro del proceso de escogencia de uno o varios posibles proponentes (lit. a art. 24.5 Ley 80 de 1993).⁸

Así, en atención al carácter vinculante de los pliegos de condiciones dentro del proceso de selección, es claro que para que las propuestas presentadas por los oferentes sean seleccionadas deben dar estricto cumplimiento a las reglas y requisitos allí previstos, so pena de que la entidad se vea obligada a rechazar las ofertas correspondientes.

El desconocimiento de tal acto administrativo implica la transgresión de una normatividad vinculante y por ende, cualquier acto administrativo que lo viole queda afectado de nulidad.

Al respecto ha asegurado la doctrina:

El desconocimiento de las reglas de construcción de los pliegos o términos de referencia tiene expresa sanción en el inciso final del artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, a través de la figura de la ineficacia de pleno derecho, que prácticamente hace inaplicables las cláusulas de los pliegos, términos de referencia, o integralmente todos ellos, cuando se violen las reglas que hemos explicado en este capítulo; se trata de una sanción que debe ser impuesta, directamente, por los responsables de la contratación, sin necesidad de intervención de autoridad jurisdiccional alguna. En caso de que la autoridad sea renuente a declarar ineficaz de pleno derecho el pliego o alguna parte del mismo, conforme a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 87 del CCA, es procedente el inicio de una acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa⁹.

⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando - Tratado de Derecho Administrativo- Tomo IV. Ed. Universidad Externado de Colombia.

⁹ "Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados (...)".

2.3.- Alcance del desequilibrio económico del contrato estatal.

Tal y como lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁰, mediante el contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general, por lo que la ejecución del objeto contractual resulta ser un asunto esencial y es por esto que la ley ha previsto diversos mecanismos que permiten resolver factores o contingencias que puedan conducir a su paralización o inejecución.

Uno de tales mecanismos hace referencia a aquel que permite que puedan reajustarse los precios pactados inicialmente, de tal manera que manteniéndose su valor real en el decurso del plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se lleve a feliz término la ejecución del contrato.

La figura del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, encuentra sustento en 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.

Sin embargo, lo anterior no significa que cualquier imprevisto que merme las ganancias del contratista tiene la virtualidad de conducir al restablecimiento económico. Sólo aquellas eventualidades imprevistas que alteran gravemente la ecuación financiera son idóneas para pretender con fundamento en ellas el restablecimiento económico.

Así, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, establece que en los contratos estatales debe mantenerse la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. En caso de que dicha igualdad o equivalencia se rompa por **causas no imputables a quien resulte afectado**, las partes deben adoptar en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, dispone la norma que las partes deben suscribir 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.

Finalmente, conviene resaltar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza.

2.4.- Elementos del desequilibrio económico del contrato.

2.4.1.- Fórmula de reajuste de precios como mecanismo para mantener la conmutatividad del contrato y el principio de buena fe.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C, cinco (5) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 850012333000201200202 01 (51018)

Al respecto señaló el Consejo de Estado¹¹ que “sí lo que ocurre en un determinado asunto es que una de las partes está inconforme con los índices de la fórmula de reajustes inicialmente convenida y nunca alegó dicha circunstancia al suscribir los contratos adicionales y posteriormente en sede contencioso administrativa pretende que se le indemnicen unos perjuicios derivados de la ruptura del equilibrio económico del contrato supuestamente ocasionada por esa circunstancia con la que siempre se mostró de acuerdo, vulnerando con ello lo acordado, ese comportamiento es totalmente contrario al deber de buena fe que deben observar las partes contratantes en sus relaciones contractuales”.

2.4.2.- El principio del equilibrio económico del contrato.

Como se dijo antes, el principio del equilibrio económico del contrato está previsto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, basado en el principio de buena fe e igualdad o equivalencia de los derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o contratar, de forma tal que si esa igualdad se rompe por causas no imputables al contratista, deberá restablecerse.¹²

A su vez, el deber de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato se encuentra desarrollada en los numerales 3º y 8º del artículo 4º y el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, los cuales rezan:

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 de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

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:

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C, cinco (5) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 850012333000201200202 01 (51018)

¹² Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “El Concepto del contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca, Coordinador, Título Libro: Temas Relevantantes sobre los Contratos, Servicios y bienes públicos, Ed. Jurídica Venezolana, VI Congreso de Derecho Administrativo. Margarita 2014, Caracas 201, Págs. 301-440.

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.

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 contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

Al respecto, es importante advertir que cualquiera que sea la causa que da lugar a una alteración de las condiciones financieras o económicas del contrato, para que sea procedente su restablecimiento es indispensable que la parte afectada demuestre el menoscabo, que éste es grave y que además no corresponde a un riesgo propio del ejercicio de la actividad contractual que deba ser asumido por alguno de los contratantes.

Sobre el particular, el Consejo de Estado analizó¹³:

Luego, sí lo que ocurre en un determinado caso es que con ocasión de la celebración de un contrato una de las partes contratantes solicita el restablecimiento de la ecuación económica que a su juicio se ha visto rota porque los índices utilizados en la fórmula de ajustes convenida no reflejó las verdaderas variaciones de los precios, en ésta hipótesis no sólo se debe acreditar que dicha fórmula efectivamente generó pérdidas considerables, **sino también que ésa circunstancia era imprevisible e irresistible al momento de proponer o contratar y haberla alegado dentro de la oportunidad prevista para ello.**

En efecto, si una de las partes contratantes afirma que se rompió el equilibrio económico del contrato porque los índices de la fórmula de ajustes convenida no reflejó las variaciones de los precios, para que proceda su restablecimiento, quién alega la ruptura **no sólo debe acreditar que ésa circunstancia le generó pérdidas, sino también que alteró de forma grave y anormal la economía del contrato y que la alegó oportunamente.**

Lo mismo ocurre cuando lo que se alega es el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato por los sobrecostos derivados de la mayor permanencia en la obra y por la mora en el pago de las actas parciales de obra, pues quién alega el restablecimiento también **debe demostrar que dichas circunstancias le generaron un perjuicio grave y anormal, que eran imprevisibles al momento de contratar y haberlas alegado dentro de las oportunidades previstas para ello.**

2.4.3.- Oportunidad como requisito para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando se ha efectuado salvedades en el acta de liquidación.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de enero de 2015, Expediente. 26.409.

Para que sea procedente el restablecimiento de la ecuación económica o financiera que se ha visto desequilibrada, la parte afectada además de demostrar el menoscabo y que éste fue grave y anormal, debe haber realizado las reclamaciones respectivas de forma oportuna.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado con precisión:

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

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

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

Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como 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 propia¹⁴.

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.¹⁵

Así, si las partes al momento de suscribir suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., no formulan salvedad, reclamación u

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 16 de octubre de 2014, Expediente 24.809

objeción alguna es porque se mostraron conformes con lo allí convenido. Si en esas oportunidades estuvieron de acuerdo con lo acordado, no pueden después venir a formular esas mismas reclamaciones en el acta de liquidación bilateral, pues si no fueron presentadas en su oportunidad ya en sede de liquidación final del contrato se estima que también son extemporáneas.

En efecto, se entiende que al momento en que las partes suscriben actas de prórroga, suspensiones, contratos adicionales, otrosíes, etc., cada una de estas convenciones se constituye en una nueva oportunidad para que las partes restablezcan el equilibrio económico del contrato, de tal suerte que si en este momento no se hacen salvedades el equilibrio económico del contrato queda restablecido.

Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que las partes suscriben actas de prórroga, suspensiones, contratos adicionales, otrosíes y en todas esas oportunidades no se formulan salvedades, reclamaciones u objeciones, ya las salvedades que se formulen al momento de suscribir el acta de liquidación bilateral son extemporáneas, pues se entiende que mediante la suscripción de todas las convenciones anteriores, el equilibrio económico del contrato se ha restablecido.

En este orden de ideas, cuando no se presentan reclamaciones, objeciones o salvedades en ninguna de estas etapas preclusivas y luego se formulan en el acta de liquidación bilateral, únicamente serán procedentes aquellas salvedades relativas a hechos posteriores a la última adición, modificación, suspensión o acuerdo que se haya suscrito entre las partes antes de llevar a cabo la liquidación bilateral, o aquellas que se generen al momento de la liquidación bilateral.

2.4.4.- Prueba idónea del vínculo entre la situación fáctica alegada y el desajuste o ruptura grave del equilibrio económico del contrato.

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 éste 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 siguiente¹⁶:

(...) 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

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2011, Expediente 18080.

actividad contractual, que deben ser asumidos por él¹⁷ o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos.

Para tener por acreditado el desequilibrio económico debe aportarse la prueba idónea de que en virtud del incumplimiento contractual se presentó un resquebrajamiento grave de la ecuación financiera que compromete la ejecución del contrato.

La prueba en materia de desequilibrio económico, no solo debe versar sobre el hecho mismo afectante y determinante del incumplimiento, sino también del impacto cierto, claro, evidente en la bases que soportan las condiciones económicas y financieras del negocio, permitiendo visualizar al juzgador el daño que sobre las mismas se hubiere causado.

Así lo señaló el Consejo de Estado¹⁸, cuando reiteró que:

(...) la carga de la prueba en este tipo de casos no se agota en la mera acreditación de ciertas circunstancias fácticas en el devenir de la relación contractual, ello no es más que un punto de inicio que necesariamente debe ser complementado con la suficiente acreditación probatoria y, sobre todo, técnica de las consecuencias negativas de tales hechos en el equilibrio económico del contrato estatal.

La Sala estima oportuno precisar que la prueba de tal desequilibrio no puede ser meramente retórica. El desequilibrio financiero del contrato es un asunto técnico y por ende su prueba debe ser rigurosa, objetiva y debidamente soportada; no bastan simples planteamientos doctrinales o jurisprudenciales; se hace necesario prueba idónea, adecuada y pertinente que evidencie en concreto, la magnitud del desajuste económico del negocio y su impacto en la conmutatividad del mismo.

Prueba, por lo tanto, de ser el caso, altamente técnica, razonablemente fundada en especiales consideraciones contables, económicas, financieras, que permitan deducir de manera objetiva, cómo las situaciones fácticas alegadas como afectantes del equilibrio contractual, inciden de manera cierta, evidente, clara y material en las estructuras económicas y financieras del negocio en los términos propuestos y pactados.

A través de la actividad y debate probatorio el juez debe llegar a la certeza técnica del desbalance que afecta la relación negocial, de aquí como, la simple afirmación en la demanda de la existencia del desequilibrio o de la ruptura de la formula o modelo económico rector del negocio, no sea por si mismo suficiente para dar por probada la configuración de la misma, sus características, impacto en la conmutatividad del negocio, magnitud del desajuste, en fin, todo lo relativo a su identificación plena y que permita abrir paso, al reconocimiento judicial de esta situación y a la determinación y cuantificación de las indemnizaciones que sean pertinentes, en los términos de los artículo 5 No 1, 27 y 28 de la ley 80 de 1993.

Resulta en consecuencia menester, que la prueba aportada permita materializar no solo el hecho causante o generador del desequilibrio del negocio, sino también configurar, ente otras cosas, sus efectos graves y dañinos, por ejemplo, en relación con el valor intrínseco del contrato, la pérdida económica sufrida⁴¹, los efectos

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119

¹⁸

económicos y financieros de todo orden y magnitud que devengan de la ruptura de la igualdad o equivalencia surgidos al momento de proponer o contratar etc.

Con otras palabras, y a manera de síntesis, si mediante el contrato estatal se persigue satisfacer el interés general mediante la prestación de los servicios públicos, y si el equilibrio económico del negocio debe mantenerse para lograr la ejecución del objeto contractual y por ende prestar el correspondiente servicio público, resulta evidente que para cumplir con los imperativos legales que ordenan el restablecimiento, es indispensable, no sólo la demostración del acaecimiento de un hecho o acto que tuvo la virtualidad de destruir el balance económico y financiero negocial, sino también que el negocio efectivamente se descompensó por ese hecho o acto.

Por consiguiente, en torno al último aspecto, las probanzas deben demostrar aquel resultado, el que no puede surgir sino mediante la comparación del inicial diseño económico y financiero del contrato con la situación económica y financiera en que quedó el negocio luego de sobrevenir el hecho o acto desequilibrante.

Hechos los estudios dogmáticos sobre el incumplimiento del contrato y su desequilibrio económico, procede ahora la Sala a resolver los dos aspectos en los que el recurrente centró sus argumentaciones. Se trata de dilucidar si en el sub judice se cumplieron los requisitos para declarar el desequilibrio económico del contrato y en consecuencia si hay lugar a aplicar la cláusula de reajuste de precios prevista en el mismo, conforme a lo pretendido por la parte actora y recurrente en apelación.

En resumen, para que proceda el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, se requiere:

- **Causal no imputable al contratista.** La circunstancia que genera el desequilibrio económico del contrato no debe ser imputable al contratista.
- **Imprevisibilidad e irresistibilidad.** La circunstancia que genera el desequilibrio económico del contrato debe ser imprevisible e irresistible al momento de presentar la correspondiente propuesta en el proceso de selección y haberla alegado dentro de la oportunidad prevista para ello.
- **Carácter grave.** El desequilibrio debe alterar de forma grave y anormal la economía del contrato.
- **Oportunidad.** La solicitud de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato debe realizarse en el momento en que ocurren las circunstancias que lo generan, esto es, al momento de suscribir las suspensiones, adiciones, prórrogas, modificaciones, entre otros.
- **Prueba.** Debe probarse no solo las circunstancias fácticas que generan el desequilibrio económico del contrato, sino también las consecuencias negativas del mismo. La carga de la prueba radica en la parte demandante.

IV. CASO CONCRETO.

1. Medios de prueba relevantes.

A continuación se relacionan los diferentes elementos materiales probatorios que obran en

el proceso y que resultan relevantes para resolver el problema jurídico planteado:

1.1. Pliego de condiciones del concurso de méritos No. FVS-CM-45 de noviembre de 2008 (fl. 24 – 92, c. 4):

(...) 1.2. OBJETO DEL CONCURSO DE MERITOS.

El Fondo está interesado en recibir propuestas para "realizar el diseño arquitectónico y estudios técnicos correspondientes para la construcción de la sede administrativa del Comando de la Policía Metropolitana de Bogotá D.C."

1.3. PRESUPUESTO OFICIAL Y RIESGOS PREVISIBLES.

El valor total del presupuesto oficial para la presente contratación es la suma de MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.200'000.000)

(...) 1.6. LUGAR DE EJECUCIÓN.

Las labores propias de este contrato se ejecutarán en la ciudad de Bogotá D.C.

(...) 4.5. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.

El contratista se obliga a dar cumplimiento a todos los requerimientos técnicos, administrativos y financieros de calidad y de cumplimiento del objeto contractual. De manera general contra las siguientes obligaciones: (...) En desarrollo del presente contrato, el contratista contrae las siguientes obligaciones específicas: (...)

2. El contratista deberá entregar con el proyecto arquitectónico y diseños técnicos, los planos acorde Decreto 2090/89 SCA, especificaciones técnicas de construcción, cantidades de obra, análisis unitarios y presupuesto.

3. El contratista se compromete con el FVS a entregar el Plan de Implantación aprobado por la Secretaría Distrital de Planeación y la licencia de construcción aprobada por la respectiva curaduría urbana, para la sede administrativa de la policía metropolitana de Bogotá.

4. Aceptar las observaciones y recomendaciones formuladas por la Policía y el Fondo al anteproyecto presentado e introducir las modificaciones requeridas para el buen desarrollo del proyecto.

5. Ejecutar y entregar al fondo los diseños definitivos de acuerdo con el siguiente cronograma: (...) 5.5. Septiembre 15 de 2009, entrega final de los estudios técnicos (...)

8. Tramitar y cancelar las expensas de la licencia de construcción de la nueva sede administrativa MEBOG.

(...) 10. Las demás que se deriven de la naturaleza del contrato.

Anexo No. 1 del pliego de condiciones: anexo técnico.

(...) 3.2. Descripción detallada de los servicios requeridos y de los resultados o productos esperados:

1. Planos de localización, que incluyen el cuadro de áreas con índice de ocupación y de construcción.

(...)

8. El contratista entregará al FVS 1 juego completo de copias de:

(...) 8.8. Estudios, memorias y/o cálculos, cantidades y planos de aire acondicionado y ventilación mecánica.

1.2. Propuesta presentada por el consorcio Fawcett – AMP al proceso de selección adelantado por el Fondo de Vigilancia (fl. 6, c. 2):

1.2.1. Formato No. 6 Propuesta económica (fl. 6, c. 2):

FORMATO N° 6 PROPUESTA ECONOMICA		
DISEÑO ARQUITECTÓNICO SEDE ADMINISTRATIVA POLICIA METROPOLITANA DE BOGOTA		
Área construida cubierta = 17.500m ²		
Área construida descubierta = 5.800m ²		
HONORARIOS DE DISEÑO ARQUITECTÓNICO ANTES DE IVA		
ACTIVIDAD	UNIDAD	VALOR
Diseño arquitectónico	UN	\$ 646.551.724,00
HONORARIOS DE ESTUDIOS TÉCNICOS		
ACTIVIDAD	UNIDAD	VALOR
Suelos	UN	\$ 21.551.724,00
Estructural	UN	\$ 172.413.793,00
Hidráulico, sanitario y gas	UN	\$ 21.551.724,00
Presupuesto	UN	\$ 17.241.379,00
Programación	UN	\$ 9.609.917,62
Especificaciones técnicas	UN	\$ 8.620.690,00
Eléctrico	UN	\$ 25.862.069,00
Electrónico, seguridad voz y datos	UN	\$ 25.862.069,00
Plan de implantación y estudios necesarios	UN	\$ 47.413.793,00
Licencia de Construcción	UN	\$ 37.803.876,00
	IVA 16%	\$ 165.517.241,38
	TOTAL ESTUDIOS Y DISEÑOS	\$ 1.200.000.000,00

1.3. Contrato No. 417 de 18 de diciembre de 2008 celebrado entre el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá y el Consorcio Fawcett – AMP (fl. 7 – 16, c. 2).

CONSIDERACIONES: (...) 2. Que el FVS tiene por objeto la adquisición de los bienes y servicios que las autoridades competentes requieran para garantizar la seguridad y protección de todos los habitantes del Distrito. (...) 4. Que dentro del Plan de Desarrollo de Bogotá "Bogotá Positiva: Para vivir mejor" contempla la construcción del nuevo comando de la policía de Bogotá (...)

CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO: En virtud del presente contrato, el contratista se obliga con el Fondo a "realizar el diseño arquitectónico y los estudios técnicos para la construcción de la nueva sede administrativa del comando de la Policía Metropolitana de Bogotá, de conformidad con el pliego de condiciones y sus adendas y la oferta presentada por el contratista.

CLÁUSULA SEGUNDA.- PLAZO: El plazo de ejecución del contrato será de 7 meses a partir de la suscripción del acta de inicio (...)

CLÁUSULA TERCERA.- VALOR: Para todos los efectos legales y fiscales, el valor de este contrato es de MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.200'000.000), incluido IVA.

CLÁUSULA CUARTA.- FORMA DE PAGO: El Fondo cancelará al contratista el valor del contrato, de la siguiente manera: 1. Se concederá un pago anticipado del 20% del valor total del contrato, previa suscripción del acta de inicio. 2. (...) 2.1. Un 10% contra

la radicación del Plan de Implantación (PI), con todos los estudios exigidos por la Secretaría Distrital de Planeación SDP. 2.2. Un 20% contra la aprobación del Plan de Implantación por parte de la SDP. 2.3. Un 40% contra entrega y recibido a satisfacción del supervisor de la totalidad de los estudios técnicos y el diseño arquitectónico. 2.4. Un 10% a la liquidación del contrato previa aprobación de la licencia de construcción. PARAGRAFO PRIMERO: Los pagos se efectuarán dentro de los 45 días siguientes a la presentación correcta de las respectivas facturas acompañadas de las actas parciales de los trabajos suscritos por el interventor y/o supervisor del contrato y el contratista deberá presentar además aquellos documentos indicados en numeral 1.5 y 4.4 del pliego de condiciones del concurso de méritos No. FVS-CM-45-2008, el cual hace parte integral del presente contrato. PARAGRADO SEGUNDO: Los pagos que efectúe el FVS en virtud del presente contrato estarán sujetos a la programación de recursos del Programa Anual de Caja PAC y los recursos disponibles en Tesorería.

CLÁUSULA QUINTA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: En desarrollo del presente contrato, el contratista contrae las siguientes obligaciones: (...) 4. Firmar el acta de inicio y cumplir con el objeto del contrato en la forma y tiempo pactados, de acuerdo con la propuesta presentada por el interventor. 5. El contratista deberá entregar con el proyecto arquitectónico y diseños técnicos, los planos acorde Decreto 2090/89 SCA, especificaciones técnicas de construcción, cantidades de obra, análisis unitarios y presupuesto. 6. El contratista se compromete con el FVS a entregar el Plan de Implantación aprobado por la Secretaría Distrital de Planeación y la licencia de construcción aprobada por la respectiva curaduría urbana, para la sede administrativa de la policía metropolitana de Bogotá D.C. 7. Aceptar las observaciones y recomendaciones formuladas por la Policía y el Fondo al anteproyecto presentado e introducir las modificaciones requeridas para el buen desarrollo del proyecto, previa autorización escrita del supervisor del FVS. 8. Ejecutar y entregar al Fondo los diseños definitivos de acuerdo con el siguiente cronograma: 8.1. Febrero 2 de 2009, entrega de los documentos necesarios para obtener la aprobación del plan de implantación. 8.2. Junio 10 de 2009, entrega de los documentos necesarios para obtener la licencia de construcción. 8.3. Julio 10 de 2009, entrega del presupuesto y especificaciones técnicas, los documentos necesarios y elaboración de los pliegos de condiciones para la licitación pública para la construcción de la sede administrativa de la Policía. 8.4. Septiembre 15 de 2009, entrega de final de los estudios técnicos y de la licencia de construcción para la sede administrativa de la Policía. 9. Contratar por su cuenta y previa aprobación del FVS, el equipo de trabajo interdisciplinario que realice los estudios técnicos necesarios para la construcción de la Nueva Sede Administrativa MEBOG, el cual debe estar integrado por un grupo de profesionales, personas naturales o jurídicas, expertos en los estudios necesarios. 10. Diseñar y actualizar los planos arquitectónicos y/o técnicos de aquellos aspectos que fueron objeto de modificación y/o no estén coordinados y/o no se encuentren en el proyecto aprobado para obtener la licencia de construcción. 11. Tramitar y cancelar las expensas de la licencia de construcción de la Nueva Sede Administrativa MEBOG. 12. Realizar la supervisión arquitectónica de la construcción de la Nueva Sede Administrativa MEBOG de conformidad con lo establecido en el numeral 1.1.4 del Decreto 2090 de 1989. 13. Las demás que se deriven de la naturaleza del contrato. (...)

CLÁUSULA SEXTA.- OBLIGACIONES DEL FONDO: 1) Cancelar el valor del contrato en la forma estipulada en la cláusula cuarta del presente contrato. 2) Designar supervisor para la verificación del cumplimiento del contrato y las demás obligaciones que surjan

con ocasión de éste. 3) Verificar el cumplimiento por parte del contratista de las obligaciones establecidas en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002 y la Ley 828 de 2003. (...)

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA.- SUPERVISIÓN DEL CONTRATO: El Fondo ejercerá el control y vigilancia de la ejecución del contrato a través de un supervisor, quien tendrá como función verificar el cumplimiento de las obligaciones del contratista. (...)

CLÁUSULA VIGÉSIMA.- LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO: La liquidación del contrato por mutuo acuerdo se realizará dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación del contrato y estará sujeta a lo dispuesto en los artículos 60 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

1.4. Acta de inicio del contrato 417 de 2008, en la que consta que inició su ejecución el 22 de diciembre de 2008 y que finalizaba el 21 de julio de 2009 (fl. 14, c. 2).

1.5. Otrosí No. 1 al contrato 417 de 2008 (fl. 15 – 16, c. 2):

CONSIDERACIONES: (...) **3.** Que el contratista con oficio No. 2009ER1731 de 19 de febrero de 2009 solicitó la adición y prórroga al contrato en mención, manifestando las razones que fundamentaron su petición, en especial las siguientes: "la formulación de áreas incluida en los documentos contractuales y sus anexos (pliegos) fue revisada y actualizada por la Policía, produciéndose un nuevo programa de área construidas cubiertas junto con incrementos de las mismas. Este hecho combinado con el obligatorio cumplimiento de las normas distritales correspondientes a las cesiones, índices de ocupación y construcción, y a la dotación de parqueaderos; evidencia la necesidad de ampliar el contrato para que su alcance incluya las nuevas áreas con el objetivo de tener un proyecto completo, coherente y funcional..." **4.** Que de conformidad con el formato de justificación de adición y prórroga, el supervisor del contrato con el visto bueno de la Subgerencia Técnica y del Asesor de Gerencia fundamentaron su petición en la necesidad de aumentar el número de parqueos y espacios que se involucraron por parte de la MEBOG, lo cual aumenta el área en 8.490.14 m² la establecida en el proyecto inicial. La adición se plantea de acuerdo con los precios inicialmente propuestos por el Consorcio Fawcett – AMP en el concurso de méritos No. FVS-CM-45 de 2008, del cual fueron adjudicatarios; por lo cual se hace necesario prorrogar en 4 meses el contrato de la referencia, contados a partir del vencimiento del contrato y adicionar el valor del contrato en una suma de QUINIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES CIENTO OCHENTA MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL PESOS MONEDA CTA (\$582'180.754). (...) **7.** Que en el formato de justificación y prórroga también se solicitó la modificación de la forma de pago y modificación del cronograma por lo que solicitaron modificar el numeral 8 de la cláusula quinta la cual hace referencia a las obligaciones del contratista. (...) Con base en lo expuesto las partes **ACUERDAN:**

PRIMERO: Modificar la cláusula cuarta del contrato 417-2008 la cual quedará así:

FORMA DE PAGO: El FVS cancelará al contratista el valor del contrato de la siguiente manera: 1. Se concederá un pago anticipado del 20% del valor total del contrato, previa suscripción del acta de inicio. 2. (...) 2.1. Un 30% contra la radicación del Plan de Implantación (PI). 2.2. Un 20% a la radicación de la licencia de construcción. 2.3.

Un 20% a la entrega del proyecto arquitectónico y planos técnicos. 2.4. Un 10% a la liquidación del contrato previa entrega de los detalles arquitectónicos, planos y estudios técnicos.

SEGUNDA: Modificar el numeral 8 de la cláusula quinta del contrato 417-2008 la cual quedará así:

OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: 8. Ejecutar y entregar al Fondo los diseños definitivos de acuerdo con el siguiente cronograma: 8.1. 23 de abril de 2009, radicación del plan de implantación. 8.2. 23 de junio de 2009, entrega anteproyecto arquitectónico. 8.3. 24 de agosto de 2009, radicación de la licencia de construcción. 8.4. 23 de septiembre de 2009, entrega del presupuesto y especificaciones técnicas para la elaboración del pre pliego para la licitación de construcción de la nueva sede administrativa de la MEBOG. 8.5. 23 de octubre de 2009, entrega del proyecto arquitectónico y planos técnicos. 8.6. 23 de noviembre de 2009, entrega final del proyecto arquitectónico, detalles, planos y estudios técnicos.

TERCERA: Prorrogar el plazo del contrato en 4 meses, contados a partir del vencimiento del plazo pactado en el contrato inicial.

CUARTA: Adicionar el valor del contrato en la suma de **QUINIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES CIENTO OCHENTA MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL PESOS MONEDA CTA (\$582'180.754).**

- 1.6. Oficio del consorcio dirigido al Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá el 29 de mayo de 2009 en el que solicitan una adición al contrato por la suma de \$63'843.905 por concepto de ventilación mecánica y aire acondicionado (\$29'309.757) y estudio bioclimático (\$34'534.148) (fl. 96, c. 2).
- 1.7. Oficio del 7 de julio de 2009 en el que el consorcio Fawcett – AMP solicita al Jefe de Proyectos de Infraestructura de la Policía Nacional que remita algunos documentos necesarios para adelantar el trámite de la licencia de construcción y urbanismo, dentro de los cuales se encontraba poder debidamente diligenciado a nombre de ellos arquitectos José Manuel Vásquez Bernal y Luis Alejandro Rivera Páez y el documento que acredite el pago del impuesto predial de los últimos 5 años (fl. 51, c. 2).
- 1.8. Oficio del 24 de agosto de 2009 en el que el consorcio Fawcett – AMP asegura remitir la información completa por parte del consorcio para el cumplimiento de la radicación del proyecto ante la Curaduría según programación contractual. Sin embargo, aclara que no puede realizar tal radicación porque aun no cuenta con el poder de la Policía Nacional y el documento que acredite el pago del impuesto predial de los últimos 5 años (fl. 48, c. 2).
- 1.9. Oficio del 1 de octubre de 2009 en el que se remite el poder original otorgado por el Mayor General Director General de la Policía, para el trámite de la licencia de construcción (fl. 115, c. 4).
- 1.10. Acta de entrega final suscrita el 21 de noviembre de 2009 por el representante legal del consorcio y el supervisor del contrato, en el que consta recibido a satisfacción de "las labores concernientes al contrato de la referencia" (fl. 17 – 18, c. 2).

- 1.11.** Recibo emitido por la Curaduría No. 1 correspondiente a la "liquidación de cargo variable", por un valor de \$207'718.042 (fl. 20, c. 2).
- 1.12.** Recibo de consignación realizado el 4 de agosto de 2010 por Fawcett a la curaduría No. 1 por valor de \$207'718.042 (fl. 19, c. 5)
- 1.13.** Resolución No. 10-1-0371 de 3 de agosto de 2010 emitida por la Curaduría Urbana No. 1, por medio de la cual se aprobó el proyecto urbanístico de la urbanización denominada NUEVA SEDE ADMINISTRATIVA POLICÍA METROPOLITANA DE BOGOTÁ, localizado en la carrera 56 No. 22-96, alcaldía local de Teusaquillo, se establecieron sus normas urbanísticas y arquitectónicas, se concedió licencia de urbanización, se fijaron las obligaciones a cargo del urbanizador responsable y se concedió licencia de construcción en la modalidad de obra nueva (fl. 52 – 95, c. 2):

(...) RESUELVE:

(...) Artículo 10. Proyecto arquitectónico. (...) El proyecto arquitectónico mencionado se aprueba con las siguientes áreas:

Área lote (superlote único):	18.469,55	m2
Área construida sótano:	11.392,95	m2
Área construida en primer piso:	4.818,63	m2
Área construida pisos restantes:	15.146,86	m2
Área total construida:	32.664,37	m2
Área libre primer piso:	12.344,99	m2

- 1.14.** Acta de liquidación del contrato suscrita el 8 de noviembre de 2010, en la que consta que el contrato inició su ejecución el 22 de diciembre de 2008 y finalizó el 21 de noviembre de 2009. En ella se dejaron las siguientes constancias (fl. 19, c. 2):

El supervisor del contrato deja constancia que el contratista cumplió con el objeto del contrato y con las obligaciones establecidas en el mismo, en términos de calidad, tiempo y oportunidad; así como con sus obligaciones al sistema de seguridad social y los aportes parafiscales. Con la firma de la presente acta las partes se declaran a paz y salvo por todo concepto y por lo tanto no se efectuará ninguna reclamación de tipo judicial o extrajudicial.

Nota aclaratoria contratista: Se suscribe el acta con la salvedad de que el contratista no se declara a paz y salvo por todo concepto (en contra de lo que se dice en el párrafo anterior), por cuanto él incurrió en unos mayores costos durante la ejecución del contrato, costos que conoce el FVS, de manera que formulará la reclamación correspondiente.

- 1.15.** Dictamen pericial rendido por el perito contable Sergio Antonio Alarcón Mora, en el que señaló lo siguiente (c. 5):

1. Que el costo total pagado por la licencia de urbanismo y construcción por parte del consorcio fue de \$207'718.042.
2. Conforme a la contabilidad del consorcio, la factura 012 de 18 de agosto de 2009

fue cancelada por el Fondo de Vigilancia el 17 de diciembre de 2009. En su criterio, la entidad incurrió en 75 días de mora, por lo que calculó los intereses moratorios correspondientes.

3. Señaló que según le informó el consorcio, el personal asignado para el desempeño de la labor para el trámite para las licencias de urbanismo y construcción eran: los arquitectos Lina María Fawcett Vargas con una dedicación al proyecto del 30% y Luis Alejandro Riveros Páez, con una dedicación del 50%. Conforme a ello calculó el costo de la mayor permanencia en que incurrió el contratista por la radicación de la licencia de construcción.
4. Señaló que en la contabilidad del consorcio no se encontró ningún registro por concepto de estudios de ventilación mecánica y aire, pero que conforme a las comunicaciones que el consorcio había remitido al Fondo, podía concluirse que tales estudios sí se habían realizado y habían generado un costo.

1.16. Dictamen pericial rendido por la arquitecta Karina Ospina Correal (c. 6), aclarado y complementado (fl. 295 – 300, c. 1), en el que concluyó lo siguiente:

1. Conforme a los planos, estudios previos y anexos del pliego de condiciones, el área objeto del contrato era: (i) 17.500 m² de área construida cubierta y (ii) 5.800 m² de área construida descubierta. Aunque no se identificó el predio objeto de diseño. La identificación del predio fue entregada por el Fondo el 26 de diciembre de 2008.
2. Mediante otrosí No. 1 se adicionó un área construida de 8.490,14 m².
3. A partir de una comparación del contrato y del otrosí No. 1 con la licencia de construcción, se podía establecer que el consorcio había diseñado un área mayor a la contratada, así:

Área contratada inicialmente	17.500 m ²	25.990,14
Área adicionada mediante otrosí No. 1	8.490,14 m ²	m ²
Área finalmente diseñada según licencia	32.664,37 m ²	32.664,37 m ²

Así, se diseñó un área adicional de 6.674,23 m², que no se habían contratado. Lo que equivalía a \$457'661.269,87; si se tenía en cuenta que en el otrosí No. 1, las partes habían acordado pagar el metro cuadrado en \$68.571,40.

4. La entidad, en la etapa precontractual, al responder las observaciones al pliego de condiciones, aclaró que los costos asociados a la licencia de construcción debían ser sufragados por el contratista. Precisó que los costos de la licencia de construcción los debía asumir el contratista. Y en ese sentido se modificó el pliego de condiciones mediante adenda.
5. Conforme al artículo 1.1.3 del literal f del Decreto 2090 de 1989, el suministro de documentos necesarios para la aprobación del proyecto arquitectónico y el pago de los derechos e impuestos que se liquiden corresponden a la entidad contratante. Pero también recordó que, conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes.
6. En el pliego de condiciones sí se estableció como requerimiento los estudios para la ventilación mecánica y aire acondicionado. Están enlistados en los servicios requeridos descritos en el anexo técnico No. 1 del pliego de condiciones, numeral 3.2, subnumeral 8.8 y en el numeral 3.5.
7. Aclaró que el valor de \$207'718.042 cancelado a la Curaduría No. 1 obedeció a la liquidación de cargo variable calculado y presentado por dicha curaduría.

1.17. Testimonio de Lina María Fawcett Vargas, quien aseguró haber sido la gerente del

proyecto y realizar la dirección técnica y arquitectónica del mismo. Aseguró que en la ejecución del contrato se presentaron dificultades porque “la licitación no contenía el predio donde se iban a realizar los diseños”. También, porque el Fondo se demoró en remitir documentos como el poder del dueño del proyecto para poder radicar la solicitud de licencia de construcción, entonces “el personal contratado para ejecutar esa labor quedó en pausa mientras se recibía la documentación requerida”. Finalmente indicó que lo normal es que las expensas de la licencia de construcción las asuma el propietario del proyecto, pero que en este caso fue el contratista el que “pagó la licencia de construcción de su bolsillo” (fl. 173 – 177, c. 1).

1.18. Testimonio de Luis Alejandro Rivera Páez, fue arquitecto diseñador, coordinador técnico y el encargado de los trámites de la licencia de construcción del proyecto. Coincidió con la testigo Lina María Fawcett Vargas, en que lo normal era que el propietario del proyecto sea el que pague la licencia de construcción. También señaló que la mora en la radicación de la licencia obedeció única y exclusivamente a que el propietario se demoró en entregar un documento. Señaló que los estudios de ventilación mecánica y aire acondicionado eran muy importantes porque “es un sistema complejo compuesto por ductos, equipos, desagües que si no se han previsto desde la etapa de diseño después es difícil, casi que imposible incorporarlos al edificio sin alterar el diseño arquitectónico”. (fl. 178 – 180, c. 1).

1.19. Testimonio de John Jairo Soriano Espinosa, supervisor del contrato por parte del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá. Aclaró que al final de la ejecución del contrato fue reemplazado en la supervisión por otro funcionario, entonces no tenía claro si hubo inconvenientes o no después de su retiro, que fue en enero de 2010 (fl. 182 – 185, c. 1).

1.20. Testimonio de Juan Carlos Parra Ariza, quien acompañó el proceso de coordinación de diseño en calidad de gerente técnico del proyecto por parte de la policía nacional, era el representante de la Policía en la mesa de estructuración del diseño. Señaló que sí se aumentó el área de diseño, por los parqueaderos y otras áreas de circulación que exigían las normas vigentes para el funcionamiento de edificios públicos. Explicó que los estudios de ventilación mecánica y aire acondicionado eran importantes porque en el desarrollo constructivo se hace necesario tener en cuenta el desarrollo de los ductos y acometidas, lo que necesariamente afecta íntegramente las cargas estructurales del edificio, el diseño estructural, la conformación de espacios, de entresijos, el diseño de tendido de alimentación de energía y la bioclimática de importantes espacios como auditorios y salas de capacitación (fl. 186 – 189, c. 1).

2.- Análisis probatorio.

A continuación se realiza el correspondiente análisis probatorio, a fin de resolver cada uno de los problemas jurídicos planteados por la parte actora.

2.1. Incumplimiento del deber de planeación por no haber previsto que también se requerían estudios para la ventilación mecánica y el aire acondicionado en la edificación cuyo diseño se contrató.

La parte actora solicitó que se declarara el incumplimiento de la entidad contratante del deber de planeación, por no haber previsto dentro de las actividades del contrato la de

realizar los estudios para la ventilación mecánica y el aire acondicionado en la edificación cuyo diseño se contrató. Aseguró que tales estudios eran fundamentales para el diseño del edificio y que por ello el contratista los realizó, aun cuando la entidad no los había contemplado. Como consecuencia de este incumplimiento, la parte actora reclamó el pago de \$10'000.000 equivalente al valor de tales estudios.

Sobre el particular, la Sala recuerda que los contratos, como expresión de la autonomía de la voluntad, son ley para las partes y deben ser cumplidos en los términos y condiciones que establezcan sus cláusulas (art. 1602 Código Civil), por lo tanto, son fuente de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones por cualquiera de las partes contratantes (*lex contractus, pacta sunt servanda*).

En línea con lo anterior, es preciso recordar que, conforme al artículo 24 de la Ley 80 de 1993, las entidades estatales y los proponentes están sometidos al pliego de condiciones. Así, conforme lo ha señalado el Consejo de Estado, los pliegos de condiciones tienen una doble naturaleza jurídica. Una de ellas es que una vez celebrado el contrato, se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico celebrado.¹⁹ Esto es, el pliego de condiciones es parte integrante del contrato celebrado. Su contenido constituye el marco de condiciones básico para la interpretación y aplicación del contrato.²⁰

Verificados los elementos materiales probatorios que obran en el expediente, la Sala advierte que no le asiste razón a la parte actora en tanto desde el mismo pliego de condiciones se contempló como una de las obligaciones del contratista, en el subnumeral 5.5 del numeral 4.5 del pliego de condiciones, entregar la totalidad de estudios técnicos requeridos para el diseño, dentro de los cuales se encuentran los de ventilación mecánica y aire acondicionado. Asimismo, en el numeral 8.8 del anexo No. 1 del pliego de condiciones se estableció expresamente como una de las obligaciones del contratista, entregar "1 juego completo de copias de estudios, memorias y/o cálculos, cantidades y planos de aire acondicionado y ventilación mecánica" (1.1). Luego, era claro que desde la etapa precontractual los proponentes conocían que dentro del diseño que se estaba contratando estaban los referidos estudios de ventilación mecánica y aire acondicionado. Tal y como lo corroboró, además, la perito arquitecta en su dictamen (1.16).

Por lo anterior, se negará esta pretensión.

2.2. Incumplimiento del deber de planeación por no haber definido con antelación las áreas respecto de las cuales se iba implantar el diseño contratado, lo que generó mayores áreas de diseño a las contratadas.

La parte actora persigue la declaratoria del incumplimiento del deber de planeación por no haber definido con antelación las áreas a diseñar, pues tener que diseñar un área mayor a la contemplada en el pliego de condiciones generó gastos adicionales que no fueron reconocidos por la entidad. Como consecuencia de tal incumplimiento, la parte actora reclama el pago de \$457'645.657, equivalente al valor de los costos por las mayores áreas

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Exp. 16.041.

²⁰ José Roberto Dromi. La licitación pública, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1997, p. 92: el pliego de condiciones "... constituye en realidad la ley de la licitación, y en consecuencia la ley del contrato, toda vez que en él se especifica el objeto de la contratación y se prescriben los derechos y obligaciones del licitante y los licitadores, y luego los del Estado y su co-contratante o adjudicatario de aquella..."; citado en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, quince (15) de octubre de 2015. Radicación: 250002326000200900003 01 (43.343)

de diseño resultantes con posterioridad a la presentación de la propuesta y a la celebración del contrato No. 417 de 2008.

Sobre el particular, la Sala aclara que modificar el área a intervenir no constituye una falta al deber de planeación si se tiene en cuenta la naturaleza del contrato y los imprevistos que podían ir surgiendo en ejecución de dicho negocio jurídico. Precisamente, atendiendo a la naturaleza del contrato, desde el pliego de condiciones se estableció como una de las obligaciones del contratista la de "aceptar las observaciones y recomendaciones formuladas por la Policía y el Fondo al anteproyecto presentado e introducir las modificaciones requeridas para el buen desarrollo del proyecto" (1.1).

Ahora, revisados los elementos materiales probatorios que obran en el expediente, se advierte que, en efecto, en el pliego de condiciones se contempló un área total a diseñar de 23.300 m², discriminados así: 17.500 m² de área construida cubierta y 5.800 m² de área construida descubierta (1.2). Conforme a la propuesta presentada por el demandante, cobraba MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.200'000.000) por la totalidad de estudios y diseños sobre tal área (1.2).

Adicionalmente, mediante otrosí No. 1, las partes acordaron ampliar el área a intervenir atendiendo a la solicitud realizada por la Policía y al cumplimiento de las normas distritales correspondientes a las cesiones, índices de ocupación y construcción, y a la dotación de parqueaderos. El contratista determinó que las modificaciones implicaban la intervención de 8.490,14 m² adicionales. Con ocasión de tal ampliación del área a intervenir, las partes acordaron ampliar el plazo de ejecución del contrato en 4 meses y adicionar el valor del contrato en QUINIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES CIENTO OCHENTA MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL PESOS MONEDA CTA (\$582'180.754) (1.5).

Esto es, entre el área inicialmente contratada y el área adicionada mediante otrosí No. 1 había un total de 31.790,14 m² (1.2 y 1.5).

Ahora, en la licencia de construcción y urbanización otorgada por la Curaduría Urbana No. 1 se señaló un área total construida de 32.664,37 m² (1.13). Es decir, en efecto, hubo una diferencia de 874,23 m². En este punto, la Sala aclara que no es de recibo la conclusión a la que llegó la perito arquitecta Karina Ospina Correal, al considerar que la diferencia entre el área contratada y el área efectivamente intervenida era de 6.674,23 m²; pues su dictamen incurrió en un error grave y fue tener en cuenta únicamente el área que en el pliego de condiciones se denominó "área construida cubierta", omitiendo el "área construida descubierta" (1.16).

Sobre el particular observa la Sala que para que sea procedente el restablecimiento de la ecuación económica o financiera que se ha visto desequilibrada, la parte afectada además de demostrar el menoscabo y que éste fue grave y anormal, debe haber realizado las reclamaciones respectivas de forma oportuna.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado ha señalado que cuando no se presentan reclamaciones, objeciones o salvedades en ninguna de estas etapas preclusivas y luego se formulan en el acta de liquidación bilateral, **únicamente son procedentes aquellas salvedades relativas a hechos posteriores a la última adición, modificación, suspensión o acuerdo que se haya suscrito entre las partes** antes de llevar a cabo la liquidación bilateral, o aquellas que se generen al momento de la liquidación bilateral.

Así las cosas, en criterio de la Sala no es procedente la solicitud de la parte actora, en atención a que fue el contratista el que determinó el área adicional que debía intervenir conforme a los requerimientos elevados por la Policía y fue con base en tal información que las partes suscribieron el otrosí No. 1. Luego, la mayor área intervenida no se constituye como un hecho posterior a dicho otrosí. Tampoco fue un hecho imprevisible e irresistible para el contratista y mucho menos se efectuó reclamación alguna a la entidad demandada por tal concepto.

Por lo anterior, se negará tal pretensión.

2.3. Restablecimiento del equilibrio económico del contrato porque el contratista fue el que pagó el valor de las licencias de urbanismo y construcción necesarias para la ejecución de la edificación diseñada, cuando ello le correspondía a la entidad contratante.

La parte actora persigue la devolución de la suma de dinero que pagó por concepto de licencia de urbanismo y construcción, correspondiente a \$207'718.042, pues, en su criterio, ese era un gasto que debía soportar la entidad contratante y no el contratista.

Sobre el particular, la Sala recuerda que en aplicación del artículo 1602 del Código Civil y del principio pacta sunt servanda, los contratos, como expresión de la autonomía de la voluntad, son ley para las partes y deben ser cumplidos en los términos y condiciones que establezcan sus cláusulas. Asimismo, también recuerda que conforme al artículo 24 de la Ley 80 de 1993, el pliego de condiciones hace parte integral del contrato estatal y obliga a las partes en tal sentido.

Así, a juicio de la Sala no le asiste razón a la parte demandante en reclamar la restitución del pago de la licencia de construcción, pues aunque se acreditó que efectuó tal pago (1.11 – 1.12, 1.15), desde el mismo pliego de condiciones, en el subnumeral 8 del numeral 4.5 se estableció como una de las obligaciones del contratista “tramitar y cancelar las expensas de la licencia de construcción de la nueva sede administrativa MEBOG” (1.1). Obligación que también fue contemplada en el numeral 11 de la cláusula quinta del contrato objeto de litigio, exactamente en los mismos términos establecidos en el pliego de condiciones (1.3). Adicional a ello, se resalta que en la propuesta económica que presentaban los proponentes se encontraba contemplado este gasto como uno de los ítems que debía contemplar el contratista (1.2).

Por el contrario, como obligaciones de la entidad contratante, sólo se establecieron tres en la cláusula sexta del contrato: pagar el valor del contrato, designar supervisor y verificar el cumplimiento del contratista de las obligaciones relacionadas con el pago de aportes a seguridad social y parafiscales (1.3).

Y es que aunque el Decreto 2090 de 1989 señala que el pago de los derechos e impuestos que se liquiden para la aprobación del proyecto arquitectónico está a cargo de la entidad contratante, lo cierto es que el contrato es ley para las partes (1.16). De acuerdo con lo establecido en el artículo 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza. Que el referido Decreto contemple tal situación no implica que la entidad contratante, como ocurrió en este caso, no pudiera exigir que tal

gasto se contemplara en la propuesta económica, para pagarlo dentro del valor total del contrato.

Por lo anterior, se negará esta pretensión.

2.4. Restablecimiento del equilibrio económico del contrato porque hubo mora en la radicación de la solicitud de licencia de construcción por culpa de la entidad demandada.

La parte actora persigue el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, consistente en los mayores gastos que se generaron por la mora en la radicación de la solicitud de licencia de construcción, por culpa de la entidad demandada, los cuales discriminó así:

- a. \$8'120.176 equivalente a los intereses del monto de la factura No. 012 ocasionados entre agosto 23 de 2009 y noviembre 23 de 2009, que fue el periodo en que tardó la entidad en entregar los documentos requeridos para radicar la solicitud de licencia de construcción, lo que a su vez era requisito para poder radicar la factura No. 012 ante la entidad.
- b. \$22'371.521 equivalente al valor del stand by del personal contratado para la gestión y trámite de licencias durante el periodo comprendido entre agosto 23 de 2009 y noviembre 23 de 2009.

Al respecto, está acreditado que el 7 de julio de 2009 el contratista solicitó a la entidad demandada algunos documentos necesarios para adelantar el trámite de la licencia de construcción y urbanismo, dentro de los cuales se encontraba poder debidamente diligenciado a nombre de los arquitectos José Manuel Vásquez Bernal y Luis Alejandro Rivera Páez y el documento que acreditara el pago del impuesto predial de los últimos 5 años (1.7).

Y está demostrado que el 24 de agosto de 2009 el contratista informó a la entidad que ya contaba con la totalidad de documentos para radicar la solicitud de licencia de construcción y que sólo hacía falta que la entidad demandada entregara el poder debidamente otorgado y el documento que acreditara el pago del impuesto predial de los últimos 5 años (1.8).

Asimismo, se probó que el 1 de octubre de 2009 la Policía Nacional entregó el poder requerido para la radicación de la solicitud de licencia de construcción (1.9).

No obstante lo anterior, no hay prueba de la fecha en la que se radicó la solicitud de licencia de construcción para poder verificar que en efecto sólo hacía falta los documentos que la entidad entregó el 1 de octubre de 2009. Tampoco hay prueba de la fecha en la que se radicó la cuenta de cobro ante la entidad demandada. En el dictamen pericial que rindió el contador Sergio Antonio Alarcón Mora aseguró que una vez verificada la contabilidad del consorcio se evidenció que la factura 012 de 18 de agosto de 2009 fue pagada por el Fondo de Vigilancia el 17 de diciembre de 2009 (1.15). Al respecto observa la Sala que aunque la factura tenía fecha de 18 de agosto de 2009, no podía haberse radicado ante el Fondo en tal momento, pues fue con posterioridad (24 de agosto de 2009) que el contratista informó que tenía todos los documentos para realizar el trámite y que sólo le hacía falta los documentos que debía entregar la contratante. Luego, no hay certeza acerca de cuándo se radicó tal factura realmente.

Lo único que se probó es que el 21 de noviembre de 2009 las partes suscribieron el acta de entrega final en el que se dejó constancia de recibido a satisfacción de las labores concernientes al contrato de la referencia (1.10). Que el 3 de agosto siguiente, la Curaduría Urbana No. 1 otorgó la correspondiente licencia de urbanización y construcción (1.13). Y que el 8 de noviembre siguiente se liquidó bilateralmente el contrato de la referencia, en la que el contratista dejó la salvedad de no declarar a paz y salvo a la entidad demandada por considerar que en la ejecución del contrato se incurrieron en costos adicionales que la entidad contratante debía reconocer y que no había hecho (1.14).

Así las cosas, no hay manera de determinar cuándo se radicó la cuenta de cobro correspondiente a la factura 012, a fin de determinar si su radicación se retrasó única y exclusivamente por la mora en la entrega de los documentos requeridos por parte de la entidad contratante, o si, en todo caso, el consorcio contratista se demoró en la radicación de ésta. Como se dijo, aunque según lo que asegura el perito la factura tiene fecha de 18 de agosto de 2009, en tal fecha no se podía haber radicado la factura ante el Fondo porque para ese momento el contratista no terminaba de preparar los documentos que le correspondían para la radicación de la solicitud.

Para finalizar, la Sala resalta que conforme al párrafo primero de la cláusula cuarta del contrato objeto de litigio (1.3), las partes acordaron que los pagos se efectuarían dentro de los 45 días siguientes a la presentación correcta de la respectiva factura, acompañada de las actas parciales de los trabajos, suscritos por el interventor y/o supervisor del contrato y de aquellos documentos indicados en numeral 1.5 y 4.4 del pliego de condiciones del concurso de méritos No. FVS-CM-45-2008. Luego, es fundamental conocer la fecha en la que se radicó en debida forma la referida factura, a fin de poder determinar si hubo mora en el pago de ésta y si la mora obedeció únicamente a causa imputable a la entidad demandada consistente en no haber entregado los documentos que faltaban para tramitar la licencia de construcción correspondiente o si por el contrario, obedeció a causas imputables al contratista.

Por otra parte, en cuanto al cobro del personal que debió permanecer contratado para el trámite de la licencia, la Sala advierte que no hay prueba alguna de tal asunto. Lo único que obra en el expediente es la afirmación realizada por el perito contador consistente en asegurar que para tal trámite debieron permanecer contratados los arquitectos Lina María Fawcett Vargas y Luis Alejandro Riveros Páez, pero aclara que a tal conclusión llegó porque así se lo informó el consorcio (1.15). Luego, no hay prueba documental alguna, como el contrato a través del cual fueron contratados los arquitectos o el discriminado de la propuesta económica que permita evidenciar que, en efecto, hubo personal contratado sin hacer nada por la mora de la entidad de entregar los documentos requeridos para el trámite de la licencia de construcción durante 1 mes y 6 días.

Por lo anterior, se negará esta pretensión.

3.- Costas Procesales.

En atención a que el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo contempla la condena en costas únicamente para la parte vencida en el proceso, considera la Sala que en el presente caso no procede tal condena y que se ejerció la acción de manera leal y razonable.

En mérito de lo expuesto, la Subsección "C" del de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Negar las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE,

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Magistrado

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Magistrada

FERNANDO IREGUI CAMELO

Magistrado

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la Sala de la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.