

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS,  
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

San Andrés Isla, veintiocho (28) de mayo de dos mil doce (2012)

**MAGISTRADO PONENTE: JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ**

**Expediente No.: 05-001-23-31-000-2006-03354-00**

**Acción Contractual**

**Dte.: Consorcio Llano Grande**

**Ddo.: Nacion-Ministerio De Defensa- Fuerza Aérea de Colombia**

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en los Acuerdos Nos. PSAA11-8151 del 31 de mayo de 2011 y PSAA11-9100 del 23 de diciembre de 2011, proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en estado de dictar sentencia, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación.

Surtido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a dictar sentencia, dentro del proceso instaurado en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por CONSORCIO LLANO GRANDE, contra la NACION- MINISTERIO DE DEFENSA

**1. PRETENSIONES**

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

**SEGUNDA:** *Que como restablecimiento de derecho SE CONDENE a la Nación – Ministerio de defensa Nacional – Fuerzas Militares de Colombia – Fuerza Aérea – Dirección de Instalaciones Aéreas de la Fuerza Aérea Colombiana, AL PAGO*

*del equilibrio financiero el contrato el valor que resulte probado con ocasión de la presente demanda, además de los perjuicios causados a mis representados, así como la corrección monetaria y cualesquiera otros índices de ajuste monetario de tales sumas.*

**TERCERA:** *Que se condene al demandado al pago de las costas, agencias en derecho y demás gastos del proceso.*

## 2. HECHOS

1. Mediante resolución No. 048 del 11 de septiembre de 2003, se ordenó y reglamentó la audiencia pública para la adjudicación del proceso de contratación directa No. 121-FAC-DINSA-2003, en la cual había participado como ponente el Consorcio Llano Grande, la cual tenía por objeto adjudicar la construcción del Escuadrón Base y Talleres de instalaciones del grupo de apoyo del Comando Aéreo de Combate No. 5 Rionegro-Antioquia, de conformidad con las especificaciones técnicas y cantidades de obra contenidas en los términos de referencia.
2. Que el presupuesto oficial del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-FUERZA AEREA COLOMBIANA para el proceso contractual fue hasta la suma de QUINIENTOS VEINTITRES MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$523.000.000.oo).
3. Conforme con la evaluación realizada por el comité evaluador, mediante resolución 049 del 12 de septiembre de 2003, se resolvió adjudicar la contratación directa No. 121-FAC-DINSA-2003 al Consorcio Llano Grande.
4. Acorde a la selección realizada por la Fuerza Aérea, se suscribe el contrato de obra No. 308-FAC-2003, con el Consorcio Llano Grande, que resultó favorecido en la selección, con el fin de llevar a cabo la construcción del escuadrón, base y talleres de instalaciones del grupo de apoyo del Comando Aéreo de Combate No.5 en Rionegro-Antioquia, por un valor de \$512.540.000.oo, en un plazo inicialmente pactado de ciento ochenta días.
5. El consorcio Llano Grande presenta propuesta basada en los pliegos de condiciones donde se encuentra el presupuesto oficial de obra que incluye

los ítems a ejecutar con la discriminación de cada uno de los precios unitarios. Con la salvedad que se actúa de buena fe, el consorcio conforme al presupuesto oficial, eleva su propuesta económica, sin tener en cuenta los precios del mercado, ya que considera que esta actividad fue realizada previamente por la Dirección de Instalaciones Aéreas de la Fuerza Aérea Colombiana.

6. Una vez que es firmada el acta de iniciación, esto es, el 15 de octubre de 2003, el Director de Obra, se percató que los precios unitarios contratados frente a las cantidades de obra exigidas no corresponden, pudiendo ella ocasionar graves inconvenientes en los avances en la ejecución del contrato e incluso pérdidas para el contratista.
7. Ante la situación anterior, el consorcio a través del Director de obra envía la comunicación No. 308-FAC-2003-08 INTERVENTORIA-18 del 28 de enero de 2004, solicitando la realización de un comité técnico que tenga como finalidad revisar los precios del contrato respecto a las cantidades de obra a ejecutar, la interventoría rechaza de plano lo requerido por el contratista aduciendo que las cláusulas del contrato no le permiten.
8. Una vez evaluado por el comité técnico dispuesto para tal fin por parte del Consorcio Llano Grande, dentro del cual hace parte el Director de Obra, el ingeniero residente y los representantes de las firmas consorciadas, se llegó a la conclusión que al momento de efectuar el análisis de cada uno de los precios unitarios del contrato en mención deja pérdidas por un valor de TRECIENTOS NOVENTA MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL CIENTO CUARENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$390.585.142.00), cifra esta que se encuentra debidamente sustentada en los análisis que adjunta en esta acción .
9. Precisa que el régimen de la contratación estatal contenido en la Ley 80 de 1993, establece que al momento de efectuarse la liquidación por mutuo acuerdo, permite a las partes contratantes ajustar las obligaciones pendientes de reconocimiento entre ellas, pues el acta contentiva del acuerdo de un vínculo apto para conciliar diferencias existentes, para transigirlas, evitando pleitos futuros, toda vez que en este momento la entidad puede reconocer obras ejecutadas y no pagadas, hacer compensaciones por extra-costos, efectuar reconocimientos, con los cuales las partes ajusten y mantengan el equilibrio financiero del contrato, ante tal situación, previo a la liquidación del negocio contractual se presentó

reclamación administrativa en tal sentido, y a pesar que fue debidamente sustentada, la petición fue despachada desfavorablemente por el organismo estatal.

10. Que de conformidad con la ley y la jurisprudencia es deber de la entidad indemnizar o mantener en equilibrio las condiciones financieras del contrato durante su ejecución y vigencia, siempre y cuando dichas alteraciones no sean imputables al contratista, tal y como sucede para el presente evento.
11. Que previo a la liquidación bilateral del contrato el consorcio solicita mediante la petición debidamente sustentada, que al momento de realizarse la liquidación del contrato que tengan en cuenta los mayores valores en los cuales debió incurrir el contratista a efectos de que fuera restablecido el equilibrio financiero del contrato. Dicha pretensión fue despachada de manera desfavorable por la entidad contratante.
12. Como consecuencia de lo anterior, mediante resolución No. 26 del 14 de septiembre de 2004, la dirección de instalaciones aéreas de la fuerza aérea colombiana decide liquidar de manera unilateral el contrato suscrito.

### **3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION**

El consorcio demandante considera vulnerados los lineamientos normativos del estatuto de contratación estatal contenidos en Ley 80 de 1993, al haber rechazado la administración la posibilidad de un acuerdo en la etapa de liquidación del contrato, el cual buscaba el equilibrio en la ecuación financiera del contrato, ya que los precios unitarios acordados para la ejecución de la obra habían venido presentando una pérdida paulatina demostrable, situación que ya había puesto a consideración de la parte contratante, y también, buscaba evitar el nacimiento del litigio.

Invoca el principio de Buena Fe, el cual sustenta en el desarrollo de la etapa previa y de la ejecución del contrato, al considerar que en la presentación de la propuesta no colocó precios artificiosamente bajos con el fin de obtener así la adjudicación del contrato como lo considera la administración, además, que el consorcio contratista cree de buena fe que el presupuesto oficial dispuesto para la obra se encontraba ajustado con los precios del mercado, pese a los inconvenientes, el contrato se ejecutó a cabalidad dentro del plazo pactado, cumpliendo con las especificaciones técnicas acordadas respondiendo a cabalidad con los requerimientos propuestos en el pliego de condiciones, por ello el

contratista no solo obtuvo las utilidades proyectadas en la ejecución del contrato, sino que arrojó pérdidas en contra de los intereses económicos de los consorciados.

Detalla que el presupuesto establecido en el contrato era la suma de \$523.000.000.00., pero al momento de hacer el corte previo a efectuar la liquidación del negocio contractual basado en los precios del mercado y en lo que el contratista efectivamente canceló en los unitarios para el cumplimiento del objeto contractual, el balance final arrojado es la suma de \$ 928'962.279.00, lo que se traduce en un mayor valor de \$400'000.000.00, que es la pérdida objetiva en la cual incurrió el contratista al momento de efectuar el balance final de la obra.

Como fundamentos jurídicos relaciona los artículos 27, 28, 25, numerales 13 y 1.4, artículo 14 numeral 1, artículo 4 numerales 3, 8 Y 9, artículo 5 numeral 1 incisos primero y segundo de la Ley 80 de 1993.

Relaciona el contenido jurisprudencial y doctrinal de la teoría del equilibrio económico contractual resaltando principios como son: el Deber de Previsión al Estructurar el Contrato, Deber de Contratar Mecanismos de Restablecimiento, Deber de Restablecimiento del Equilibrio Roto sin Imputabilidad del Contratista, el cual fundamenta con base a diferentes fallos del H. Consejo de Estado como se ve a los folios 7 a 26 de la demanda.

#### **4. TRÁMITE**

La demanda debidamente corregida fue admitida mediante auto de fecha 30 de marzo de 2005, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y notificada de manera legal a la parte demandada. Durante el término de fijación en lista la entidad accionada presentó su correspondiente escrito de contestación.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en auto del 2 de noviembre de 2005, declarara la incompetencia por razón del factor territorial y siendo remitido el expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia, el cual avoca conocimiento del negocio mediante auto del 23 de octubre de 2006.

El proceso entra a periodo probatorio mediante auto proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia de fecha 12 de abril 2007 y abierto a alegatos de conclusión el 8 de octubre de 2010, oportunidad procesal que fue aprovechada

por la entidad demandada y por el demandante, guardando silencio en esta etapa el Ministerio Público.

Finalmente, el Tribunal Administrativo de Antioquia, en cumplimiento del Acuerdo No. PSAA11-8151 del 31 de Mayo de 2011 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, decide remitir el proceso de la referencia a este Tribunal, quien lo recibe el 5 de julio de 2011 y avoca su conocimiento en auto de fecha 2 de agosto de 2011.

## **5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **MINISTERIO DE DEFENSA.**

Dentro de la oportunidad establecida para este fin la entidad a través de apoderado judicial dio contestación a la demandad en el siguiente sentido:

### **A LAS PRETENSIONES.**

Expresa su total oposición y solicita sean negadas en aras de la salvaguardar del principio de la presunción de legalidad que tiene el acto administrativo acusado.

### **A LOS HECHOS:**

Considera que unos no le constan, otros son ciertos, otros no lo son y otros requieren ser probados.

Señala que se dio la adjudicación del proceso licitatorio 121-FAC-DINSA-2003, al consorcio demandante el cual formalizaría el contrato No. 308-FAC-2003, por valor de \$512.540.000.00.

Estima contradictorio que una firma consorciada presente una oferta basada solamente en una apreciación subjetiva y de buena fe, como lo afirma la parte actora, "sin tener en cuenta los precios del mercado, ya que considera que esta actividad fue realizada previamente por la Dirección de Instalaciones de la Fuerza Aérea Colombiana", posición que por demás resulta totalmente irresponsable frente al manejo de sus propios negocios, por el riesgo que ello implica, más vislumbra la posibilidad de haberse

premeditadamente ofertado con precios artificialmente bajos con el propósito de ser adjudicatarios del proceso y por ende del contrato.

Determina que entre la fecha de suscripción del contrato 25/09/03 y la del acta de iniciación de la ejecución de las obras contratadas 15/10/03, es decir con menos de un mes entre estas dos etapas, no resulta lógico que se dé una alteración en los precios, además no está demostrado que en dicho lapso se hayan alterado las condiciones del mercado, por ello no es válida la suposición que la entidad hubiese procedido en desconocimiento de lo establecido en el artículo 26 -6 de la L.80/93, por ello no resulta valido como lo expresa el actor de haberse percatado del desfase económico entre lo ofertado y lo acordado contractualmente a ejecutar con graves pérdidas.

Afirma que si la administración suscribió el contrato bajo las condiciones ofertadas, y la imprevisión del desfase de precios ofertados con los del mercado obedeció mas a la falta de diligencia y cuidado del contratista al momento de elaborar su oferta, sin que se haya acreditado ni argumentado circunstancias propias e inherentes al concepto de la ecuación económica o equilibrio financiero, bien estaba la administración en su obligación de exigir las condiciones del contrato, pues de lo contrario estaría patrocinando la violación de la selección objetiva del contratista, al avalar una propuesta elaborada en forma temeraria artificialmente baja, para luego proceder a ajustar, sin razón lógica ni argumento válido, los precios y valor total del contrato.

Considera que la aplicación del equilibrio financiero del contrato requiere de unas circunstancias especiales para su reconocimiento, tal como lo preceptúa el artículo 27 de lo ley 80 de 1.993.

Asevera que el equilibrio económico del contrato debe ser producto de circunstancias derivadas de la fuerza mayor, o circunstancias imprevisibles al momento de contratar y no de la falta de diligencia y cuidado en la elaboración de la oferta, en lo que atañe a los análisis de precios y costos que se requieren para efectos de licitar una obra, evitándose con ello el riesgo de pérdida, tal como lo ha precisado el Consejo de Estado Sección Tercera en sentencia No. 22952 de septiembre 4 de 2004 así: " ... el principio general de la buena fe que

preside la formación y el cumplimiento del vínculo contractual le impone el deber de cotizar un precio en la licitación o concurso que incluya todos los costos que diligentemente se puede conocer al momento de la presentación de la oferta." Aspecto que cobra relevancia con la respuesta dada por la Fuerza Aérea Colombiana al derecho de petición mediante oficio de fecha 19 de agosto de 2004.

Finamente deja sentado que la resolución por medio de la cual se dio trámite a la liquidación unilateral por parte de la administración fue la No. 29 del 14 de septiembre de 2004.

### **RAZONES DE LA DEFENSA**

Fundamenta en su escrito el contenido de la cláusula trigésima primera del contrato 308 FAC -2003, la cual establece la liquidación unilateral cuyo contenido es el siguiente: (sic) " *Si el CONTRATISTA no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a un acuerdo sobre el contenido de la misma, dentro del plazo establecido en la cláusula anterior, será practicada directa y unilateralmente por EL MINISTERIO y se adoptará por acto admirativo motivado susceptible del recurso de reposición*". Afirma que dicho procedimiento fue materia de concertación por las partes y por ende se encuentra avalado.

En lo referente al tema del equilibrio en la ecuación contractual estima que no se ha dado este fenómeno en el desarrollo de la ejecución del contrato al no estar de presente los elementos que para el efecto exige la jurisprudencia, así mismo afirma que el contratista no probó la imprevisibilidad que alega en este caso, para fundamentar estas afirmaciones relaciona el contenido de varias sentencias de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado.

Ratifica lo dicho por la entidad en la contestación al derecho de petición interpuesto por el consorcio, el cual constituye los supuestos fácticos y de derecho de la presente demanda, en lo referente a la situación presentada durante la ejecución del contrato No. 308-FAC-2003, que ocasionó el supuesto desequilibrio económico del contratista, el cual bajo ninguna circunstancia le es imputable a la parte contratante por no haberse presentado por causas que pudieran devenir del hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión o errores de la administración, sino que dicho circunstancia es imputable al mismo contratista afectado, en un fenómeno conocido doctrinaria y jurisprudencialmente como el RIESGO

EMPRESARIAL, que es una modalidad que puede alterar el equilibrio Contractual.

## **6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

Mediante auto fechado el 8 de octubre de 2010 se declaró vencido el término probatorio dentro del presente proceso, en consecuencia se corrió traslado a las partes a fin que presentaran sus alegatos de conclusión.

### **CONSORCIO LLANO GRANDE**

Reitera todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que en su condición de contratista cumplió con la ejecución de la obra pactada para la FAC, en el municipio de Rionegro (Antioquia), así mismo sostiene que el pliego de condiciones tomó como base los precios unitarios del mercado del municipio de Soacha (Cundinamarca), y no tuvo en cuenta lugar de ejecución de la obra, desfase que le ha causado un detrimento patrimonial al contratista obligándolo a soportar una carga que no le corresponde y de otro lado un enriquecimiento a la Nación- Ministerio de Defensa – Fuerza Aérea Colombiana, al beneficiarse del total de la obra realizada, por ello estima los perjuicios materiales actuales en la suma de \$952.522.085.00.

### **MINISTERIO DEFENSA**

Sostiene los mismos argumentos presentados en la contestación de la demanda y resalta la carta de presentación suscrita por el oferente en el proceso licitatorio, documento mediante el cual el consorcio acepta todas y cada una de las condiciones establecidas por la administración en los pliegos de condiciones y asume expresamente la responsabilidad de su obligación de realizar todas las indagaciones y evaluaciones necesarias para presentar su propuesta, así como los costos y riesgos que implique la ejecución del objeto contractual durante el desarrollo del contrato.

Afirma que en cumplimiento del principio de planeación, es preciso que con anterioridad a la apertura de la licitación o concurso, se elaboren por la entidad contratante los estudios y evaluaciones necesarias que permitan determinar adecuadamente las obras, los servicios o los bienes que pretende obtener en el tráfico jurídico. Tratándose de construcción de obras públicas, se requerirá

adicionalmente que la entidad contratante elabore los planos, proyectos, diseños y presupuestos respectivos, que para el presente caso, fueron debidamente elaborados para el proceso de contratación directa No 121-FAC-DINSA-2003 y su correspondiente pliego de condiciones.

Expone que el fin primordial que se persigue con la publicación tanto de los proyectos de pliegos como de los pliegos de condiciones, es precisamente suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones al contenido de los documentos antes mencionados, permitiendo la participación activa en el proceso. Es así como se observa, que dentro de la oportunidad procesal de la publicación de los pliegos de condiciones del proceso de contratación directa No 121-FAC-DINSA-2003, ningún oferente interesado presentó o manifestó tener observación alguna relacionada con el valor del presupuesto oficial de la obra.

Detalla que durante el desarrollo de la audiencia de aclaración del pliego de condiciones correspondiente al proceso de contratación directa No 121-FAC-DINSA- 2004, ninguna de las 6 firmas que asistieron a dicha diligencia, manifestaron su inconformidad con el presupuesto establecido y menos que este no correspondiera con la realidad del mercado. Tan es así que dentro de las dos únicas preguntas que se formularon en la citada audiencia, se relacionó con el manejo de las obras adicionales, a lo que la administración respondió lo siguiente: "es función del interventor y del contratista realizar ajustes para no sobrepasar el valor del presupuesto", luego entonces los proponentes conocieron desde un comienzo la advertencia de la administración de no sobrepasar el presupuesto oficial estimado.

Asevera que el consorcio demandante dentro del valor de su propuesta económica incluyó tanto los precios unitarios como los costos correspondientes a los imprevistos y utilidades que para él conllevaría la ejecución de la obra contratada. Precios que debieron basarse en estudios concienzudos por parte del proponente, por lo que la adjudicación del contrato se realizó con base en dichos precios unitarios y demás costos presentados por el contratista en su oferta.

Sostiene que si en la ejecución del contrato 308-FAC-2003 el demandante no obtuvo las utilidades esperadas, esto no se presentó por causas debidas al hecho del príncipe, la teoría de la imprevisión o a errores de la administración, si no que dicha circunstancia es imputable al mismo contratista afectado, en un

fenómeno conocido doctrinaria y jurisprudencialmente como el Riesgo empresarial, que es una modalidad de riesgo que puede alterar el equilibrio contractual.

Finalmente solicita a la Sala de decisión, negar las suplicas de la demanda y consecuentemente exonerar de responsabilidad a la entidad demandada.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El acto acusado se trata de la Resolución 29 del 14 de septiembre de 2004, por la cual se liquida unilateralmente el contrato de obra No. 308-FAC-2003, negocio jurídico celebrado entre el Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea Colombiana y el Consorcio Llano Grande, cuyo objeto era la construcción del Escuadrón Base y talleres de instalaciones del grupo de apoyo del Comando Aéreo de combate No. 5 Rionegro (Antioquia).

De la interpretación del contenido integral de la demanda la Sala extrae los siguientes cargos:

1. Violación directa del estatuto de Contratación Estatal contenido en L.80/93, al no considerar la entidad demandada los reajustes y reconocimientos económicos que se dieron dentro de la ejecución del contrato, por haberse presentado una pérdida para el contratista al culminar la obra contratada, habida consideración que la administración tomó como eje económico los precios unitarios del mercado de un lugar diferente en el cual había de ejecutarse la obra (Municipio de Rionegro, Departamento de Antioquia), lo que altero la ecuación económica y financiera del contrato.

2. Violación al principio de Buena fe, al considerar que el contratista partió del esquema de obra presupuestada por la administración y al desollarse esta tuvo un valor superior al inicialmente contratado, ocasionando pérdidas para el contratista y una ganancia para la entidad pública representada en la obra recibida, generando esto un enriquecimiento para el estado y un empobrecimiento para el contratista.

De lo narrado por el actor se observa que previo proceso de selección se suscribe el contrato de obra No. 308-FAC-2003, con el Consorcio Llano Grande, con el fin de llevar a cabo la construcción del escuadrón, base y talleres de instalaciones del grupo de apoyo del Comando Aéreo de Combate No.5 en Rionegro-Antioquia, por

un valor de \$512.540.000.00, en un plazo inicialmente pactado de ciento ochenta días.

Que el citado consorcio presenta propuesta basada en los pliegos de condiciones donde se encuentra el presupuesto oficial de obra que incluye los ítems a ejecutar con la discriminación de cada uno de los precios unitarios. Con la salvedad que se actúa de buena fe, el consorcio conforme al presupuesto oficial, eleva su propuesta económica, sin tener en cuenta los precios del mercado, ya que considera que esta actividad fue realizada previamente por la Dirección de Instalaciones Aéreas de la Fuerza Aérea Colombiana.

Una vez que es firmada el acta de iniciación, esto es, el 15 de octubre de 2003, el Director de Obra, se percató que los precios unitarios contratados frente a las cantidades de obra exigidas no corresponden a la realidad económica, lo que puede ocasionar graves inconvenientes en los avances para la ejecución del contrato e incluso pérdidas para el contratista por valor de \$390.585.142, circunstancia que sustenta ante la interventoría del contrato a efectos de que revise dicho aspecto, situación que es rechazada de plano por esta, aduciendo que las cláusulas del contrato no lo permiten.

Pese al conjunto de vicisitudes que se presentaron en la ejecución de la obra, el consorcio cumplió con el objeto pactado haciendo entrega de la obra, al instante de liquidar el contrato por mutuo acuerdo, este solicita el ajuste de las obras por valor de más no pagadas con el fin de que se mantuviera el equilibrio económico del contrato, pues se dieron extra-costos que asumió el contratista por situaciones ajenas a su voluntad y pese a estar sustentados los respectivos eventos la administración no accedió a ello.

Como consecuencia de lo anterior, mediante Resolución No. 29 del 14 de septiembre de 2004, la dirección de instalaciones aéreas de la Fuerza Aérea Colombiana decide liquidar de manera unilateral el contrato suscrito.

Del primer cargo, la Sala precisa el alcance normativo relacionado en el artículo 29 inciso segundo de la L. 80/93, modificado por el artículo 32 de la L. 1150/07, el cual dispone:

*“Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en*

*consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.*

*Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. Si el plazo ofrecido es menor al previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, no será objeto de evaluación.*

*El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.*

*En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización”.*

De otra parte el estatuto contractual en el artículo 26 numeral 6 determina el principio de responsabilidad bajo el siguiente tenor:

*“Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato”.*

Vemos que la L.80/93, bajo ningún epígrafe determina que las ofertas se puedan rechazar por contener precios artificialmente bajos como lo ha querido sostener la administración desde el instante en que el contratista se da cuenta de la realidad de los precios establecidos, que para este caso fue en el momento de iniciar la ejecución de la obra, pese a que en el instante de radicar su propuesta la hizo con la salvedad de obrar de buena fe.

El H. Consejo de Estado ha precisado en diferentes fallos que:

*“Lo dispuesto por el artículo 26 tiene como finalidad, de una parte, exonerar a la Administración de toda responsabilidad frente al contratista cuando quiera que haya ofertado con precios inferiores a los acostumbrados en el mercado y que por tal razón, en plena ejecución del contrato, acuda a la Administración en virtud de reclamaciones económicas para que le sea*

*admitido un presunto desequilibrio de la ecuación económica, o cuando tal circunstancia, conlleve a la inejecución del contrato, con los consecuentes perjuicios para la entidad contratante que no tendría por qué soportar. De otra parte, la norma pretende que sea el contratista quien asuma las consecuencias que puede implicar el haber presentado un precio equivocado, cuando su conducta fue intencional para obtener la adjudicación de la licitación, consecuencia que se extiende a aquellos eventos en los cuales el contratista incurrió en error al elaborar su propuesta, puesto que esta carga de responsabilidad es de su exclusivo resorte. Lo cierto es que el precio señalado por el proponente debe guardar proporcionalidad con el valor del objeto ofrecido, de lo contrario se generaría una evidente discrepancia entre el objeto contratado y su valor. El precio no puede ser irrisorio o vil, pues ello puede significar un eventual incumplimiento del contrato, o eventuales conflictos por imprevisión, lesión, abuso de derecho etc., que la contratación administrativa debe evitar”<sup>1</sup>.*

En el caso *Sub Judice*, se observa que la administración partió de un proceso de contratación directa que se formalizó en la capital de la República y se ejecutó en Rionaegro (Antioquia), proceso en el que la FAC, predeterminó unos precios unitarios de obra para ser desarrolladas por el contratista y que este asumió convencido de la realidad y seriedad con que la entidad había elaborado el presupuesto el cual no atendió a los precios del mercado, evento que se prueba con el dictamen pericial ordenado al proceso (fls.347 a 366 del cuaderno principal), así como a la adición del mismo. (fls.380 a 394 del cuaderno principal)

Es de anotar que en esta oportunidad es la administración quien se equivoca en la apreciación del valor unitario de los precios del mercado por lo que no se compadece que sea el particular quien soporte la carga de dicho error al estar demostrado que el consocio, pese a todo lo sucedido cumplió con la obra.

Este evento pone de presente un empobrecimiento de una parte y un enriquecimiento de otra, al beneficiarse de la obra el Estado a un precio menor frente a la realidad de los verdaderos precios del mercado de la construcción del lugar en donde se desarrolló la labor pactada en el contrato, circunstancia que a claras presenta un desequilibrio en la balanza o ecuación del contrato, incumpliendo lo que para el efecto determina el artículo 27 de la L.80/93 cuyo texto es el siguiente:

*“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar,*

---

<sup>1</sup> Sección Tercera, Sentencia del 4 de junio de 2008, Rad. 76001-23-31-000-1997-05064-01(17783)

*según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*

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

Se observa con claridad que en la etapa de liquidación del contrato la entidad no valoró las observaciones económicas del contratista, para lo cual mantuvo ceñimiento extremo al clausulado establecido en el contrato 308-FAC-2003, sin ver la realidad que se venía presentando en el desarrollo de la obra, tal como se observa al oficio DISNA-EMACO-023 de fecha 19 de agosto de 2004, visto a folios 25 y demás documentos del cuaderno de pruebas (fls. 29 a 273 del citado cuaderno), así como los testimonios y demás escritos aportados al proceso vistos a folios 287 a 320 del cuaderno principal.

Ahora bien, por medio de la Resolución No. 29 de septiembre 14 de 2004, el Ministerio de Defensa Nacional Fuerza Aérea Colombiana, liquidó unilateralmente el contrato, en razón a que el contratista, con oficio de fecha 26 de agosto de esa anualidad comunica a la entidad que recibida la respuesta al Derecho de Petición interpuesto por la firma contratista y que con el ánimo de no dilatar el procedimiento que por ley corresponde a la entidad contratante, solicita que al momento de efectuar la liquidación se tenga en cuenta el equilibrio financiero o de lo contrario se proceda a efectuar la liquidación unilateral del contrato, circunstancia que verifica la entidad con fundamento en lo determinado en el artículo 60 de la L.80/93 y en la cláusula Trigésima Primera del Contrato 308 FAC-2003, sin analizar la ecuación financiera del contrato a liquidar.

El acto objeto de reproche solo comportó el siguiente informe financiero:

VALOR DEL CONTRATO	\$512.540.000.00
VALOR CANCELADO AL CONTRTISTA	\$512.215.766.08

Ahora bien, frente a la figura del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato estatal o principio de la ecuación financiera del contrato, y como en innumerables ocasiones lo ha definido el H. Consejo de Estado:

*“esta figura surge a la vida jurídica desde la celebración del contrato por las partes y es en él donde las partes aceptan conocer cuál es el beneficio que derivarán del mismo; la Administración, el logro de los fines esenciales del Estado y el contratista, la obtención del provecho económico en su favor. Es en ese momento histórico cuando surge la regulación económica del convenio, que se traduce en la “ecuación financiera del contrato”. Desde esa situación, se marcan las bases de la regulación financiera del contrato, que por regla general lo guiarán durante su existencia. El equilibrio económico del contrato puede verse alterado, durante la ejecución por las siguientes causas: -por actos o hechos de la Administración contratante; -por actos de la Administración como Estado; y, -por factores exógenos a las partes del negocio jurídico”<sup>2</sup>.*

En el presente caso vemos que el contratista actuó de buena fe, mas no la administración al fijar precios que obedecían a tópicos diferentes de la obra a realizar, pese a ello el contratista aceptó los precios predeterminados por la FAC, y no se percató que estos correspondían a un lugar diferente en el que ejecutó la obra, lo que no quiere decir que el Estado no le pueda reconocer el valor de más que resulta probado en este proceso. Pues siendo la administración la que incurre en un hecho que a todas luces coloca en desventaja al contratista, quien pese a todos los inconvenientes logró cumplir con el objeto pactado, el cual ya disfruta la FAC, en cumplimiento de su cometido constitucional, por ello y en aras a los principios de justicia y equidad se le debe reconocer el sobre costo incurrido por el ejecutor de la obra en armonía con el dictamen pericial y su adición debidamente presentado al proceso, el cual hace un análisis exhaustivo de los precios unitarios vigentes en el año 2003, en la provincia de la sabana de occidente de Soacha y el de Rionegro junto con el presupuesto que había establecido la entidad contratante así:

Costo Directo de la obra contratada	\$757.807.446
Valor obras adicionales	<u>11.201.063</u>
Costo directo de las obras	769.008.509
Administración 9%	69.210.766

<sup>2</sup> Sección Tercera, Sentencia de 13 de julio de 2000 Rad. 12513

Imprevistos 6%	46.140.511
Utilidades 5%	38.450.425
IVA (sobre utilidades) 16%	6.152.068
Valor Final de la obra ejecutada	\$928.962.279

Esto indica que el contratista tuvo que incurrir en valores de más de su peculio asumiendo riesgos, lo que lo coloca en desventaja económica frente al cumplimiento de su contrato con una diferencia de \$416.446.512.92.

Ahora bien observa la Sala sin mayor hesitación, que el equilibrio en la ecuación financiera del contrato no mantuvo el punto justo y desbordó la realidad económica del contrato de obra por factores ajenos al contratista claramente tipificadas en el Art. 85 del C.C.A., como son la violación directa de la ley en este caso el artículo 27 de la L.80/93 y los principios que orientan la contratación estatal invocados y demostrados en esta demanda, por lo que habrá que declararse la nulidad del acto de liquidación acusado en este proceso y el consecuente restablecimiento del derecho.

Como la diferencia económica resulta superior al 50% del valor inicial del contrato acorde a lo establecido en el artículo 40 de la L.80/93.

“Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales”.

Por ello solo se reconocerá a título de indemnización el valor que resulte de la diferencia porcentual establecida en la norma citada partiendo del valor inicial del contrato es decir \$512.540.000, cuyo 50% corresponde a la suma de \$256.270.000., que actualizara acorde a las reglas que para el efecto ha establecido la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado, partiendo de la fecha en que se liquidó el contrato, es decir el 14 de septiembre de 2004, hasta la fecha de la presente providencia, se dará aplicación de la siguiente fórmula:

$V = V_h \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$

Índice inicial

V: valor actualizado

Vh: valor histórico

Índice final: índice de precios al consumidor al mes de mayo de 2012, atendiendo a la fecha de esta sentencia.

Índice inicial: índice de precios al consumidor del mes de septiembre de 2004.

Entonces,

$$VH = \$ 256.270.000$$

$$V = \$256.270.000 \times \frac{0.14}{0.30} = 119.592.666$$

$$0.30$$

$$V = \$ 256.270.000 + 119.592.666 = \$375.862.666$$

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

#### **F A L L A:**

**PRIMERO: DECLÁRASE** la nulidad Resolución 29 del 14 de septiembre de 2004, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea Colombiana, por la cual se liquidó unilateralmente el Contrato de Obra No. 308-FAC-2003, acorde a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNASE** al Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea Colombiana, a pagar por concepto de indemnización al CONSORCIO LLANO GRANDE la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS M.L. (**\$375.862.666.00**).

**TERCERO: NIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO:** De no ser Apelado el presente fallo, consúltese ante el H. Consejo de Estado acorde a las previsiones del Artículo 184 del C.C.A.

**QUINTO:** Por Secretaría devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia. Desanótese en los libros correspondientes y archívese una copia de esta providencia en los copiadore de este Tribunal.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión en sesión ordinaria de la fecha.

**JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ**

Magistrado

**JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA**

Magistrado

**JOSÉ MARÍA MOW HERRERA**

Magistrado