



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN NO. 5
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, **13 NOV 2019**

Demandante	JACCOR S.A.S
Demandado	DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
Expediente	150012333000201500619-00
Acción	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.
Tema	NIEGA – NO DEMOSTRÓ DESEQUILIBRIO ECONÓMICO POR VARIACION TASA REPRESENTATIVA DEL MERCADO.

Procede la Sala a dictar sentencia de primera instancia, en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, prevista en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesta a través de apoderado judicial por la sociedad JACCOR S.A.S contra el Departamento de Boyacá.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 8-10)

1.1 Pretensiones principales.

Mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de controversias contractuales, la sociedad JACCOR S.A.S solicita, se declare lo siguiente:

“(…) PRIMERA.- Que se declare que la ecuación contractual surgida al momento de proponer la sociedad JACCOR S.A.S. antes CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS S.A.S. en el trámite de la Licitación Pública No. 014 de 2013 cuyo objeto es la "ADQUISICION DE MAQUINARIA NUEVA PARA LA CONFORMACION DE TRECE UNIDADES DE ATENCION VIAL EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACA (2012-2015)" adelantada en el **DEPARTAMENTO DE BOYACA** sufrió alteraciones por causas no imputables a la sociedad proponente durante la ejecución del



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

Contrato No 001114 de 2014 celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ Y CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS S.A.S. HOY JACCOR S.A.S. cuyo objeto es "ADQUISICION DE MAQUINARIA NUEVA PARA LA CONFORMACION DE TRECE UNIDADES DE ATENCIÓN VIAL EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ (2012-2015)" en contra de la sociedad contratante.

PRIMERA SUBSIDIARIA.- Que se declare que la ecuación contractual surgida al momento de proponer la sociedad JACCOR S.A.S. antes CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS S.A.S. en el trámite de Licitación Publica No 014 de 2013 cuyo objeto es la "ADQUISICION DE MAQUINARIA NUEVA PARA LA CONFORMACION DE TRECE UNIDADES DE ATENCION VIAL EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACA (2012-2015)" adelantada en el DEPARTAMENTO DE BOYACA sufrió alteraciones por la ocurrencia de un hecho económico coyuntural imprevisible e irresistible para la sociedad proponente durante la ejecución del contrato No 001114 de 2014 celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS S.A.S. HOY JACCOR S.A.S. cuyo objeto es "ADQUISICION DE MAQUINARIA NUEVA PARA LA CONFORMACION DE TRECE UNIDADES DE ATENCIÓN VIAL EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ (2012-2015)" en contra de la sociedad contratante.

SEGUNDA.- Que como consecuencia de la anterior declaración de alteración de la ecuación contractual existente al momento de proponer por causas no imputables a la sociedad CONTRATISTA JACCOR S.A.S., se ordene al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ el restablecimiento de dicha ecuación incluyendo la expectativa de utilidad o ganancia prevista al momento de proponer, reconociendo la suma de SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$ 677.057.772,00) rn/cte o la suma de que resulte al hacer el ajuste de la tasa representativa del mercado (TRM) del peso colombiano con el dólar americana al momento de proponer frente a la Tasa representativa del mercado del peso Colombia no con el dólar americano al momento de la nacionalización de la totalidad de 13 maquinaria y equipos objeto del contrato No 001114 de 2014 celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS S.A.S. HOY JACCOR S.A.S. cuyo objeto es "ADQUISICION DE MAQUINARIA NUEVA PARA LA CONFORMACION DE TRECE UNIDADES DE ATENCION VIP, L EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACA (2012-2015)".

SEGUNDA SUBSIDIARIA.- Que como consecuencia de la anterior declaración de alteración de la ecuación contractual existente al momento de proponer por la ocurrencia de un hecho económico coyuntural imprevisible e irresistible para la sociedad CONTRATISTA JACCOR S.A.S., se ordene al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ el restablecimiento de dicha ecuación incluyendo la expectativa de utilidad o ganancia prevista al momento de proponer, reconociendo la



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

suma de SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$ 677.057.772,00) m/cte o la suma que resulte al hacer el ajuste de la tasa representativa del mercado del peso colombiano con el dólar americano al momento de proponer, frente a la Tasa representativa del mercado del peso colombiano con el dólar americano al momento de la nacionalización de la maquinaria y equipos afectadas con la variación de la Tasa Representativa del Mercado mencionada y que hacen parte del objeto del contrato No 001114 de 2014 celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ y CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS S.A.S. HOY JACCOR S.A.S, cuyo objeto es "ADQUISICION DE MAQUINARIA NUEVA PARA LA CONFORMACION DE TRECE UNIDADES DE ATENCION VIAL EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACA (2012-2015).

TERCERA.- Que como consecuencia del restablecimiento solicitado en las anteriores pretensiones, se condene al **DEPARTAMENTO DE BOYACA** a pagar a JACCOR S.A.S. el valor determinado como restablecimiento de la ecuación contractual surgida al momento de presentar la propuesta.

CUARTA.- Dispóngase que esta condena se cumpla en los términos de los Artículos 192 y 193 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTA.- Que se condene en costas y gastos procesales incluyendo las agencias en derecho a la entidad demandada. “

Hechos (fls. 2-8)

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

A través de la Resolución N° 4081 del 30 de Diciembre de 2013, la Gobernación de Boyacá aperturó la Licitación Pública N° 014 de 2013 cuyo objeto fue la "ADQUISICION DE MAQUINARIA NUEVA PARA LA CONFORMACIÓN DE TRECE UNIDADES DE ATENCION VIAL EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACA (2.012-2.015)".

La sociedad CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS S., hoy JACCOR S.A.S. se presentó al proceso licitatorio a través de la correspondiente propuesta en el mes de abril de 2014, ofertando la totalidad de lo requerido por el Departamento, equipos que en su mayoría por no decir la totalidad debían de ser importados por cuanto no se producen en Colombia.



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

Previo el tramite previsto en la ley, la secretaria de Hacienda Departamental por medio de la resolución N° 1231 de Junio de 2014 adjudico la Licitación Publica N° 014 de 2013 a la sociedad CCS MAQUINARIA Y EQU IPOS S.A.S., hoy JACCOR S.A.S.

Una vez suscrito, el contrato fue debidamente publicado, se pagaron todos los impuestos, tasas y contribuciones, se constituyeron y aprobaron las pólizas previstas en él y se efectuó el correspondiente registro presupuestal, con lo cual, conforme a la ley se dio inicio a su ejecución.

Conforme a lo pactado en el contrato, mi representada entregó a la Gobernación de Boyacá los equipos relacionados con todas las especificaciones dando cumplimiento a la totalidad de las obligaciones del contrato suscrito.

Como se manifestó atrás, los equipos que constituían el objeto del contrato debieron ser importados por cuanto no se producen en Colombia, razón por la cual, entra a jugar como elemento fundamental el precio del dólar en Colombia (tasa representativa del mercado), por cuanto las operaciones con los fabricantes se hacen en dólares al momento de la importación, esto es, cuando se legaliza la importación ante la DIAN.

En este orden de ideas, la variación del valor del dólar al momento de la presentación de la propuesta frente a la tasa de cambio vigente al momento de la importación que es el momento en el cual usualmente se liquidan los valores finales de tales máquinas y equipos entre el fabricante importador y el comprador, es un riesgo que se debe prever dentro de las condiciones normales de los mercados y ser asignado en la audiencia correspondiente.

Como es un hecho notorio y de público conocimiento, la tasa de cambio del dólar americana sufrió una variación muy significativa en el segundo semestre del año 2014 en el fenómeno conocido como DEVALUACION, donde el peso Colombiano perdió valor frente al



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

dólar americano, pasando en valores aproximados \$1.800 m/cte. por dólar a \$2.400.00 M/CTE frente al comportamiento de la TRM durante el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la propuesta, esto es, de Mayo de 2013 a Abril de 2014, donde también se observan los incrementos normales para las épocas de variaciones de Diciembre, Enero y parte de Febrero, conforme al siguiente cuadro:

VARIACION TRM (USD)

MES	INICIO	FINAL	VARIACION
may-13	1.825,83	1.891,48	3,60%
jun-13	1.907,76	1.929,00	1,11%
jul-13	1.929,00	1.890,33	-2,00%
ago-13	1.896,15	1.935,43	2,07%
sep-13	1.935,43	1.914,65	-1,07%
Oct-13	1.908,20	1.884,06	-1,27%
nov-13	1.889,16	1.931,88	2,26%
dic-13	1.931,88	1.926,83	-0,26%
Ene-14	1.926,83	2.008,26	4,23%
Feb -14	2.021,10	2.054,90	1,67%
Mar-14	2.046,75	1.965,32	-3,98%
Abr-14	1.969,45	1.935,14	-1,74%
Promedio variacione			0,38%

El valor total de la propuesta presentada, desglosado por la importancia de ítem

PRECIO DE LOS BIENES	71,65%	10.349'889.405,00
OTROS	14,56%	2.102'562.426,00



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

SUBTOTAL		12.452'451.821,00
IVA	13.79%	1.992'392.293,00
TOTAL		14.444.844.124,00

Como se observa en el cuadro indicado en el hecho anterior, los bienes objeto de la propuesta tienen el mayor peso dentro de la misma.

En desarrollo y ejecución del contrato, las condiciones de mercado cambiaron considerablemente en detrimento del contratista, por la ocurrencia de un hecho económico de carácter general para el país, consistente en una devaluación anormal, de carácter extraordinaria imprevisible e irresistible del peso colombiano (COP) frente al dólar de Estados Unidos de América (USD), muy superior a la que se presentó en los meses inmediatamente anteriores a la presentación de la propuesta, que se reitera, fue del 0.38% en el promedio simple de las variaciones presentadas durante el periodo comprendido entre Mayo de 2013 y Abril de 2014.

Al comparar el precio de adquisición para CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS S.A.S. hoy JACCOR S.A.S., que se establece por parte de los fabricantes importadores con la TRM al momento de la nacionalización de las máquinas, frente a la de presentación de la propuesta, la situación presentada con la TRM del dólar americana (USD), para cada uno de los equipos contemplados en la propuesta, fue la siguiente:

BIEN	CANTIDAD	26/05/2014	NACIONALIZACION	VARIACIÓN
MOTONIVELADORA	14	1.905,53	2.041,71	7,15%
MOTONIVELADORA	2	1.905,53	1.919,84	0,75%
VIBROCOMPACTADORES	8	1.905,53	2.050,52	7,61%
VIBROCOMPACTADORES	5	1.905,53	2.074,40	8,86%
RETROCARGADORAS	12	1.905,53	1.975,42	3,67%



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

RETROCARGADORAS	1	1.905,53	2.074,40	8,86%
-----------------	---	----------	----------	-------

Al analizar el cuadro anterior se observa que las variaciones presentadas en la Tasa Representativa del Mercado al momento de estructurar la propuesta y la al momento de la nacionalización de la maquinaria, superan el promedio simple de las variaciones ocurridas con la Tasa Representativa del Mercado del año inmediatamente anterior a la presentación de la oferta, el cual, se reitera, estuvo en el 0.38%, razón por la cual, se considera que la variación presentada al momento de nacionalizar la mercancía es anormal, extraordinaria e imprevisible que se presentó por posterioridad a la presentación de la propuesta y a la firma del contrato, estando plenamente demostrados los elementos o condiciones que ha estructurado la jurisprudencia, para la procedencia del restablecimiento de la ecuación contractual surgida al momento de proponer.

El valor total del desequilibrio económico en contra de la parte demandante asciende a la suma de SEISCIENTOS SETENTA Y SIETEMILLONES CINCUENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$677.057.772,00) rn/cte. que equivalen al 6,54% del precio de la maquinaria al momento de presentación de la oferta, porcentaje muy representativo y superior a lo normalmente previsible.

Ante esta situación y en vigencia del. contrato como lo establece la ley, JACCOR S.A.S. presentó solicitud de restablecimiento del equilibrio contractual al DEPARTAMENTO DE BOYACA, la cual, fue resuelta por la Supervisora del Contrato N° 001114 de 2014 de manera desfavorable conforme a la comunicación de fecha 11 de Marzo de 2015, concluyendo que *"la Gobernación de Boyacá no está en obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato, teniendo en cuenta que la reclamación realizada por el contratista no cumple con el lleno de los elementos para la aplicación de la teoría de la imprevisión"*.

La respuesta dada por la Supervisora del contrato desconoció lo consagrado en la ley 80 de 1.993, así como pronunciamientos de las



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

Altas Cortes en relación con la procedencia del restablecimiento de la ecuación contractual que expresamente prevén que el restablecimiento es un derecho del contratista y una obligación de la Administración si se trata de algún evento en el cual el afectado sea el contratista y viceversa se ve afectado por variación de las condiciones es la administración. Así mismo, desconoció lo establecido en el anexo N° 3 de los pliegos de condiciones definitivos publicados dentro del proceso de contratación en cuanto a los denominados "riesgos del giro normal" y "riesgos coyunturales" que expresan:

"RIESGOS DEL GIRO NORMAL" La tipificación corresponde al incremento en el costo de los bienes y/o servicios objeto del contrato. La estimación y asignación del riesgo determina que los asumirá en su totalidad el contratista y como asegurable EL CONTRATISTA deberá aportar garantía que ampare: a) del cumplimiento general del contrato, por una suma igual a 20% del valor total del contrato y con una vigencia igual al termino de ejecución del mismo y seis (6) meses más.

En cuanto a los denominados en el anexo "RIESGOS CONYUNTURALES" tenemos que la tipificación es la de que SON AQUELLOS RIESGOS QUE RADICAN PRINCIPALMENTE EN FENOMENOS DEL ORDEN SOCIAL Y ECONOMICO O POLITICO como son: los paros cívicos O laborales, la perturbación del orden publico o la guerra exterior, QUE NO SON PREVISIBLES AL MOMENTO DE LA CELEBRACION DEL CONTRATO. Se establece como estimación que EN CASOS EN QUE LA EJECUCION DEL CONTRATO SE AFECTE DEBIDO A CAUSALES DE TIPO CONYUNTURAL EL DEPARTAMENTO CONCILIARÁ O ACORDARÁ CON EL CONTRATISTA Y DE ACUERDO CON LA LEY, LAS NUEVAS CONDICIONES PARA LA EJECUCION DEL CONTRATO. Pero además en la asignación los coloca en su TOTALIDAD en cabeza del DEPARTAMENTO y se establece que como asegurable que SE INCLUIRA UNA CLAUSULA EN EL CONTRATO QUE MENCIONE LA ASIGNACION DE ESTE RIESGO."

La inclusión de la cláusula en el contrato que mencionara la asignación del denominado RIESGO COYUNTURAL prevista en el PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO no se llevó finalmente a cabo.

Puso de presente que la regulación establecida por las entidades públicas encargadas de la reglamentación de la contratación estatal



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

en Colombia, establecen en lo correspondiente a la tipificación de riesgos lo que denominan HECHOS ECONÓMICO que pueden alterar la ecuación contractual, asumiendo la entidad pública tales hechos, sin que sea ajustado a la normatividad y a la lógica que por vía de acuerdo entre los contratantes, se modifique dicha asignación de riesgo, por tratarse de un hecho de tal magnitud que es imposible de prever e imposible de resistir, para trasladárselo a contratista en lo que puede constituir un abuso del derecho por parte de la entidad contratante.

El fenómeno conocido como DEVALUACION contiene las características de un HECHO ECONOMICO que altera la contratación pública, en tanto es una situación imposible de prever, imposible de resistir y de tal magnitud en detrimento del CONTRATISTA que lógicamente afecta negativamente para ella ecuación contractual.

Mediante las formalidades legales, la sociedad CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS S.A.S cambio su razón social a la de JACCOR S.A.S. documento que fue debidamente inscrito en la Cámara de Comercio de Bucaramanga como se desprende del certificado de existencia y representación legal que expide dicha entidad y fue debidamente reconocido por las partes en la ejecución del contrato, tal como se desprende del documento denominado "MODIFICATORIO N° 01 al contrato N° 001114 de 2014 celebrado entre EL DEPARTAMENTO DE BOYACA Y CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS S.A.S cuyo objeto es "ADQUISICION DE MAQUINARIA NUEVA PARA LA CONFORMACION DE TRECE UNIDADES DE ATENCIÓN VIAL EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACA (2.012-2.015)".

El departamento de Boyacá y JACCOR S.A.S antes CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS S.A.S suscribieron el 5 de Mayo de 2015 el acta de liquidación por mutuo acuerdo, en la cual se consagró en lo correspondiente a observaciones y/o aclaraciones lo siguiente:

"El contratista manifiesta lo siguiente: se reserva el derecho a la reclamación sobre el restablecimiento económico, presentado bajo el radicado 2014- 720032120-2 por la empresa CCS MAQUINARIA Y



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

EQUIPOS S.A.S hoy JACCOR S.A.S, por un valor de \$677.057.772,00, como consta en el documento radicado Ante la Gobernación de Boyacá, para el cual la respuesta fue negativa por parte del supervisor del contrato. Por tal razón dejan constancia de no encontrarse aun a paz y salvo por este concepto".

Con fundamento en dicha salvedad se procedió por parte de JACCOR S.A.S. a presentar la solicitud de conciliación como requisito de procedibilidad del medio de control de controversias contractuales en relación con el reconocimiento y pago de los valores expresados en la solicitud de restablecimiento de la ecuación contractual surgida al momento de proponer.

VIGESIMO SEXTO.- La audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad se llevó a cabo el pasado 7 de julio de 2.015 ante la Procuraduría 121 Judicial II para Asuntos Administrativos declarándose fallida la conciliación.

1.2 Normas violadas y concepto de la violación.

La parte demandante sustenta jurídicamente sus pretensiones en los siguientes fundamentos de derecho:

El artículo 3°, los numerales 8° y 9° del artículo 4°; numeral 1° del artículo 5°; el artículo 23, los numerales 5 y 14 del artículo 25, y los artículos 27, 28 y 60 de la Ley 80 de 1.993 entre otras normas establecen y consagran la denominada Teoría de la Imprevisión en la Contratación de las Entidades Estatales, normas que buscan desarrollar y limitar lo correspondiente a la modificación o variación de las cláusulas contractuales en virtud a la presentación de situaciones económicas, sociales y/o políticas que durante el trámite del proceso de selección y en la ejecución del contrato se pudiesen presentar, tanto en favor como en contra de las entidades estatales.

Al haberse presentado una situación externa de carácter imprevisible para el proponente y de tal magnitud que afecta la ecuación contractual debe procederse a su restablecimiento a la mayor



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

brevedad posible por parte de la Administración, cuestión que en el presente caso no ha ocurrido y es procedente el entrar a su reclamación ante las autoridades correspondientes.

En efecto, la variación de la Tasa Representativa del Mercado en el periodo comprendido, entre la presentación de la propuesta y la importación de la maquinaria y equipo, en un fenómeno que es de público conocimiento y que afecta a todo el País y de manera negativa a los importadores, como es el caso de la sociedad demandante, debiendo la Administración reconocer dicha situación y proceder al restablecimiento.

Respecto de la forma como se puede evidenciar el desequilibrio económico y determinar la obligación de restablecimiento del equilibrio contractual, el Consejo de Estado ha sostenido que, "(...) *Respecto del equilibrio económico de los contratos estatales resulta posible identificar una doble dimensión, la primera relacionada con la equivalencia objetiva de las prestaciones y la segunda referida al respeto de las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración.*"

debe entenderse que el equilibrio de la ecuación económica del contrato, tiene como finalidad garantizar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones técnicas, económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de presentar oferta, en el caso de que se haya adelantado el procedimiento de la licitación o de contratar cuando se hubiere acudido a la modalidad de contratación directa; en ese contexto resulta evidente que dicha equivalencia puede verse afectada por factores externos a las partes que están llamados a encuadrarse dentro de la Teoría de la Imprevisión o por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración como consecuencia o por razón de la expedición de actos administrativos en ejercicio legítimo de su condición de autoridad o en ejercicio de los poderes excepcionales de los cuales se encuentra investida en su condición de entidad estatal contratante.



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

Ahora bien, sea que se trate de un contrato estatal sometido al imperio del Estatuto de Contratación Estatal o sea que se trate de aquellos que por corresponder a una regla de excepción a su aplicación se encuentre sometido a las normas del derecho privado o a disposiciones especiales, lo cierto es que la equivalencia económica de las prestaciones contractuales constituye un principio medular que se encuentra inmerso en la legislación en materia de contratación estatal y que además lo recogen varias disposiciones del aludido derecho privado", razón por la cual, debe estar presente en todas las relaciones negócias", máxime cuando uno de los extremos que la integran es una entidad de naturaleza estatal por cuya intervención se desprende que el negocio envuelve una finalidad pública de interés general, de manera.

Para el caso que nos ocupa, el fenómeno de la devaluación que se presente desde la presentación de la propuesta es un hecho notorio que no requiere de prueba como lo han reconocido las Altas Cortes en innumerables fallos, afecto la ecuación contractual en detrimento de los intereses del contratista, lo cual, al tratarse de un hecho imprevisible e irresistible generan la obligación del ente estatal de restablecer el equilibrio contractual, sin que sea argumento para exonerarse de esta obligación. Argumento que está en discusión el que en la asignación de riesgos se haya presuntamente asumido, por cuanto se trató de un hecho anormal que desbordaba cualquier previsión al respecto como se evidencia con los cuadros que se aportan.

Al hablarse de que el contratista es un colaborador de la Administración para el cumplimiento de sus fines no puede pretenderse que la asignación de riesgos le traslade todas las eventualidades que en desarrollo de un contrato estatal se pueden presentar y que el contratista asuma la totalidad de los riesgos, por cuanto se estaría en presencia de un abuso del derecho por la imposición de las condiciones y no de una colaboración para el cumplimiento de los fines estatales.



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Mediante escrito visible a folios 75 a 86 del expediente, el Departamento de Boyacá dio contestación a la demanda, señalando en primer lugar que, conviene estudiar la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones pues son definidos como actos jurídicos fundamentales sobre los cuales gira toda la etapa de selección del contratista, es decir, la precontractual, por cuanto en aquellos se fija el objeto del contrato a suscribir, se identifica la causa del negocio jurídico, se determina el procedimiento a surtir para la evaluación objetiva y técnica de las ofertas, y se indican los plazos y términos en que se ejecutará todo el proceso que culminará con la adjudicación del contrato o con la declaratoria de desierta.

Por lo tanto, el pliego de condiciones concreta o materializa los principios de planeación contractual y de transparencia, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento, de acuerdo con el marco establecido en la ley. En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de reglar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes.

En el presente caso, teniendo en cuenta los pliegos, se observa la gran importancia que reviste el precio y como tal se determina un puntaje siendo este un factor determinante en la evaluación de la propuesta, cualquier modificación a este punto aplica en detrimento del precio



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

base convenido del servicio, atendiendo que el precio contractual se rige por el principio de intangibilidad, pues cualquier cambio que altere la propuesta económica se constituye una mejora a la oferta y dicha calificación a la propuesta ofrecida fue determinante para la adjudicación de la maquinaria a **CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS S.A.S** tal como se advierte en la audiencia de adjudicación del 24 de Junio de 2014.

Lo anterior, también se encuentra inmerso en la Resolución No. 1231 de 2014 “Por medio de la cual se Adjudica la Licitación Pública N° 014 de 2013” notificada en Audiencia y publicada en el Portal Único de Contratación Estatal – SECOP, se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación. Por lo anteriormente expuesto, la pretensión principal solicitada debe ser desestimada.

En cuanto a la pretensión subsidiaria, adujo la entidad demandada que se opone como quiera que el régimen de contratación estatal, Ley 1150 de 2007, establece claramente que las entidades Estatales deben cumplir con los principios de planeación contractual y de selección objetiva, así mismo en atención a que dichas normas imponen determinar los riesgos previsibles y establece que la presentación de las ofertas implica la aceptación por parte de los proponentes de la distribución de riesgos previsibles efectuadas por la entidad en estudios y documentos previos que acompañan los Pliegos Definitivos.

Como se evidencia, en el presente caso estos fueron debidamente discutido por los oferentes y consignados en el adenda 1. en atención a lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007 al incluir la obligación de incorporar en los pliegos de condiciones la “*estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación estatal*”, y que deberán ponerse a disposición de los



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

interesados junto con éste, para que en una discusión conjunta y en aplicación del deber de colaboración de los particulares con la administración, se establezca la asignación definitiva de los riesgos de acuerdo a su tipificación y estimación.

En virtud de lo anterior, se convocó en audiencia pública con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones y la fijación de riesgos celebrada el 8 de enero de 2014.

Del mismo modo, considera la accionante que es de suma importancia, observar el documento COMPES 3714, en sus páginas 19 a 23 y recopilados en el Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación establece los criterios para la tipificación de los riesgos, presentando de manera enunciativa una clasificación, la clasificación de los riesgos y las particularidades para determinar la existencia o no de los riesgos propios de cada proceso de selección, señalando de manera clara los riesgos previsibles e imprevisibles.

Así las cosas, emerge con claridad que para el demandante la ordinaria devaluación del peso colombiano frente al dólar norteamericano al momento de adquirir los equipos del fabricante extranjero y el incremento de costos de ejecución del negocio jurídico por el aumento anual de los indicadores económicos, ambas circunstancias perfectamente previsibles, no constituyeron *per se*, la causa constitutiva de la mayor onerosidad alegada, pues en realidad lo que censura es que los mayores costos en que incurrió fueron consecuencia directa del contratista.

3. TRÁMITE DE LA INSTANCIA

La demanda fue presentada ante la Oficina Judicial el 03 de septiembre de 2015 (fl. 21 vltº), la cual fue admitida en auto de 19 de abril de 2016 (fls. 59-60) ordenando la notificación personal al Departamento de Boyacá y al Ministerio Público. Así entonces, el



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

término para contestar la demanda se surtió del 3 de mayo al 25 de julio de 2018.

Este Despacho dispuso fijar fecha y hora para llevar a cabo audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA¹.

La Diligencia anterior se llevó a cabo el día y la hora programados, adelantándose las etapas de saneamiento del proceso, decisión de las excepciones previas, fijación del litigio, conciliación y decreto de pruebas², resolviéndose su suspensión para recepcionar las pruebas decretadas.

Adelantada la audiencia de pruebas³ de que trata el artículo 181 del CPACA, se corrió traslado a las partes para presentar sus alegaciones finales, oportunidad dentro de la cual se pronunciaron las partes demandada, demandante.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandante:

Con escrito que reposa a folios 419-421 del expediente, la parte demandante, luego de reiterar los argumentos expuestos en la demanda, sostuvo lo siguiente:

Se encuentra debidamente acreditado en este proceso, lo siguiente:

- La presentación de la propuesta por los demandantes.
- Los términos de los estudios previos y de los pliegos de condiciones.
- La adjudicación a la parte actora.
- La suscripción del contrato.
- La ejecución del contrato.

¹ Folio 90

² Folio 95-102

³ Folio 308-310



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

- La solicitud de restablecimiento de la ecuación contractual durante la vigencia del contrato y,
- La liquidación del contrato dejando en esta la posibilidad de acudir a la reclamación ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Adujo igualmente que, el dictamen pericial rendido por el perito EDGAR HERNAN ESCANDON CORTÉS, establece en detalle la situación que se presentó con la variación de la tasa de cambio del dólar de Estado Unidos, sitio de origen de los bienes y equipos objeto de la licitación frente al peso colombiano, el cual coincide en términos generales con lo mencionado en los hechos 13 y 15 de la demanda, tomando como extremos la fecha de la presentación de la propuesta y la de la nacionalización de los equipos.

La tasa de cambio de la fecha de la propuesta era de \$1.905,53 y se confrontó con la tasa de cambio de la fecha de nacionalización de los equipos, la cual, no fue en un solo momento, arrojando una diferencia del precio en dólares, del total del mayor costo en la ejecución del contrato de \$987.178.783,60.

Manifestó que la variación de la tasa de cambio durante el año inmediatamente anterior a la presentación de la propuesta había sido estable, con unas pequeñas variaciones y esto era lo que se podía prever y no una variación tan representativa en contra del peso colombiano cercado al 7%, en un hecho económico ajeno al contratista.

A esta suma habría que incrementar lo correspondiente a las estampillas, contribuciones e impuesto de industria y comercio, los cuales liquidan una vez se ha llevado a cabo la liquidación del contrato estatal, aunado al incremento del IVA que se causa con el incremento en los valores a entregar por este concepto en el evento de reconocerse lo solicitado en la demanda.



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

Reiteró que se trató de un hecho imprevisible e irresistible para las partes, el cual, generó pérdidas, incluyendo todos los componentes obligatorios como son gastos de publicación, legalización, pólizas, tasas y contribuciones impuestos nacionales, departamentales y municipales, que generaron un detrimento para el contratista, superior a MIL MILLONES DE PESOS. Así las cosas, en manera alguna el contratista está obligado a asumir esta diferencia, por cuanto de una parte, constituiría un abuso del derecho por parte del ente territorial contratante y de otra, porque fue un seceso económico a nivel mundial en razón a diferentes medidas económicas por parte de Estado Unidos para fortalecer su moneda, esto es que, con los mismos dólares se puedan comprar más bienes, circunstancia que lógicamente afecta las economías de países subdesarrollados como Colombia.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

La ecuación contractual, surgida al momento de elevar la propuesta por parte de la sociedad CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS SAS hoy JACCOR dentro de la licitación pública No 014 de 2013, sufrió alteraciones durante la ejecución del contrato No 001114 de 2014, cuyo objeto consistió en la “*adquisición de maquinaria nueva, para la conformación de 13 unidades de atención vial en el departamento de Boyacá (2012-2015)*”.

El rompimiento del equilibrio económico obedeció a alteraciones por causas no imputables a la sociedad proponente o si las mismas constituyeron un hecho económico coyuntural imprevisible para la sociedad durante la ejecución del contrato.

La presentación de las ofertas implica la aceptación, por parte del proponente, de la distribución de riesgos previsibles contenida en los pliegos definitivos.



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

De ser ello así, en qué condiciones es procedente el restablecimiento de dicha ecuación

2. TESIS DEL CASO

La Sala concreta las tesis argumentativas del caso de los intervinientes, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

a) Tesis argumentativa propuesta por el demandante.

Considera la parte demandante que, en desarrollo y ejecución del contrato, las condiciones de mercado cambiaron considerablemente en detrimento del contratista, por la ocurrencia de un hecho económico, consistente en una devaluación anormal de carácter extraordinario imprevisible e irresistible del peso colombiano frente al dólar de estados Unidos, muy superior al que se presentó en los meses anteriores a la presentación de la propuesta que fue de 0.38%, en el promedio simple de las variaciones presentadas durante el periodo comprendido entre mayo de 2013 y abril de 2014.

Por lo que la variación presentada al momento de nacionalizar la mercancía es anormal a la presentada con la propuesta y a la firma del contrato. Así, el valor del desequilibrio económico equivale al 6.54% del precio de la maquinaria al momento de presentación de la oferta, porcentaje representativo y superior a lo normalmente previsible.

b) Tesis argumentativa de la parte demandada.

La circunstancia que motivó la presente demanda constituye un riesgo que era previsible para el contratista, pues era de su conocimiento debido a su experiencia acreditada en el proceso licitatorio que la maquinaria objeto del contrato era importada y conforme a las cotizaciones que soportan el presupuesto. Además, Con la demanda no se probó la incredibilidad del riesgo y la ruptura del equilibrio económico



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

En junio el dólar era de \$1886/US, y atendiendo a los datos de suspensión, reinicio y terminación del contrato, el plazo inicial vencía el 30 de diciembre, fecha en la cual el T de C era de \$2392/us.

Si se tiene en cuenta el mes de nacionalización y un mes de transporte marítimo, los equipos debieron pagarse a más tardar en septiembre 30, fecha para la cual el T de C era de \$ 2028/us.

Que así entonces por tasa de cambio se tuvo un incremento del 8%, lo cual no puede ser catalogado como imperdible dentro del negocio contractual.

Conforme a la política de manejo presupuestal de los riesgos previsibles, si estos son asignados al contratista se deberán entender siempre incorporados en la propuesta del mismo. Así, en caso de que el riesgo que se materialice haya sido aceptado por el contratista, no se puede pretender algún desequilibrio económico del contrato.

C) tesis argumentativa propuesta por la Sala

La Sala negará las pretensiones de la demanda, en consideración a que del material probatorio que obra en el expediente, es claro que el contratista desde el principio, conocía las condiciones de contratación y los eventuales riesgos que asumirían en caso de ser favorecidos con la adjudicación del contrato. Además, tuvo la oportunidad de presentar las observaciones, objeciones y aclaraciones que consideraran pertinentes, sin embargo, no se observa que la sociedad actora hubiera efectuado observación u objeción alguna al respecto, por lo que se concluye que siempre estuvo de acuerdo con el pliego de condiciones.

Por lo anterior, el silencio del contratista durante todo el proceso pre contractual y contractual, se traduce en la aceptación tácita de las condiciones en que se celebró el contrato en cuestión y de la forma como se estaba ejecutando, pues fue solo hasta el acta de liquidación



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

del contrato, el contratista manifestó su inconformidad, pese a que con anterioridad pudo advertir la variación de la tasa representativa del mercado de la cual deriva el supuesto desequilibrio económico alegado.

Igualmente a pesar de que la parte demandante en los motivos de objeción del primer dictamen pericial, señaló claramente que en este no se habían incluido los componente de administración y utilidad, necesarios para poder determinar un eventual desequilibrio económico, en el segundo dictamen pericial tampoco se estableció si hubo o no alguna utilidad para el contratista, ni tampoco determinó los gastos de administración, pues solo realizó un análisis de la variación de la Tasa Representativa del Mercado entre la fecha de adjudicación del contrato y la fecha de nacionalización de la maquinaria, de lo cual, no es posible concluir *Per se*, que en el contrato No. 001114 del 27 de junio de 2014 se hubiera presentado un desequilibrio económico, como lo afirma la parte demandante.

Para desatar el problema jurídico planteado, procederá la Sala a analizar los siguientes aspectos, i) El principio del equilibrio económico o financiero del contrato estatal y las consecuencias de su ruptura; ii) La variación de precios como supuesto de ruptura de la ecuación económica del contrato iii) teoría de la imprevisión; iv) Los riesgos previsibles en el contexto de los componentes del precio del contrato; v) caso concreto, análisis de las pruebas y conclusiones. Pasa a resolverse de mérito la litis.

3. El principio del equilibrio económico o financiero del contrato estatal y las consecuencias de su ruptura.

El objeto de los contratos que celebran las entidades públicas, es el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

fin⁴. Por consiguiente, la causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado.

En sus inicios, la institución del equilibrio financiero del negocio jurídico se concibió como un privilegio en cabeza del contratista particular que buscaba salvaguardar sus intereses económicos del poder dominante que investía a la entidad estatal contratante, poder que se traducía en el ejercicio de las potestades excepcionales otorgadas a esta última por el ordenamiento jurídico.

No obstante ese entendimiento sufrió una variación al aceptar que el restablecimiento de las cargas económicas del contrato podía reconocerse en cabeza de cualquiera de los extremos que concurrieran a la relación jurídico negocial, tal cual lo consagró el artículo 20 del Decreto-ley 222 de 1983, al disponer que cuando procediera la modificación unilateral del contrato “c) *Debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes*”.

Posteriormente, la Ley 80 de 1993, en el numeral 8) del artículo 4, contempló como deber de la entidad pública, la adopción de 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, o de contratar en los casos de contratación directa, efecto para el cual señaló que utilizarían los mecanismos de ajuste y revisión de precios o acudirían a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución.

Correlativamente, el numeral 1) del artículo 5º del mismo cuerpo normativo, previó que el contratista, en su calidad de colaborador de

⁴ Como se reconoce en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993. Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

la Administración en la consecución de su cometido, tendría derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se alterara o modificara durante la vigencia del contrato, añadiendo que tendría 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.

Siguiendo esa misma línea, el artículo 27 ibídem, consagró que en los contratos estatales se habría de mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de tal suerte que si dicha equivalencia se llegare a fracturar por causas no imputables a quien hubiera resultado afectado, las partes adoptarían, en el menor tiempo posible, las medidas necesarias para su restablecimiento.

Así también, el artículo 28 de la Ley 80 previó que en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrían en consideración, entre otros principios, el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Por su parte, el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, señaló respecto de la distribución de riesgos en los contratos estatales, que: “(...) *Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación*”

Este panorama normativo revela cómo el principio del equilibrio económico del contrato constituye un pilar medular de la relación que surge entre la Administración y su colaborador para la consecución de sus fines, armonía que está llamada a mantenerse durante toda la vida del negocio jurídico y que, ante la ocurrencia de circunstancias imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes que amenace con alterarla, debe protegerse a través de la adopción de los mecanismos



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

previstos por los extremos contratantes o la misma ley para ese propósito, tales como las fórmulas de reajuste o la revisión de precios.

Debe entenderse entonces, que el equilibrio o equivalencia de la ecuación económica del contrato tiene como finalidad garantizar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones técnicas, económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de presentar oferta, en el caso de que se haya adelantado el procedimiento de la licitación o de contratar cuando se hubiere acudido a la modalidad de contratación directa; en ese contexto resulta evidente que dicha equivalencia puede verse afectada ora por factores externos a las partes que están llamados a encuadrarse dentro de la Teoría de la Imprevisión ora por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración como consecuencia o por razón de la expedición de actos administrativos en ejercicio legítimo de su condición de autoridad o en ejercicio de los poderes excepcionales de los cuales se encuentra investida en su condición de entidad estatal contratante.

3.1. La variación de precios como supuesto de ruptura de la ecuación económica del contrato.

En virtud del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato, se busca que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.

Uno de los supuestos que da lugar a la ruptura del equilibrio económico-financiero de los contratos es la variación de precios, bien sea por incremento o por disminución, y esa variación puede tener origen en distintos fenómenos como: i) la fluctuación de la relación entre oferta y demanda de bienes y servicios, pues constituye un principio elemental de la economía que, a mayor demanda y menor oferta, el precio de los bienes en el mercado sube y, por el contrario, a



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

mayor oferta y menor demanda los precios del mercado tienden a bajar (ley de demanda)⁵, ii) la inflación que, vista de manera general, se produce cuando el circulante monetario es mayor que la cantidad de bienes que se producen en una economía determinada, lo cual genera que el poder adquisitivo de la moneda sea menor y, como consecuencia obligada, los precios tengan una alza generalizada y constante⁶, iii) la devaluación, que se refiere a la pérdida del valor nominal de la moneda de un país, pero, a diferencia de la inflación, se mide en relación con la moneda extranjera y no en relación con los bienes que se producen en el orden interno, aunque por efecto también causa alteración en los precios de los bienes y servicios, pues, si el valor nominal de la moneda descende, los precios suben o, lo que es lo mismo, se debe pagar una mayor cantidad de moneda circulante por un bien o un servicio determinado⁷ y iv) la revaluación, que constituye el fenómeno opuesto a la devaluación⁸.

Los anteriores supuestos, entre muchos otros, pueden tener incidencia en los precios de los bienes y servicios y, aunque pueden ser previsibles en cuanto a su ocurrencia, son imprevisibles en cuanto a sus efectos cualitativos, cuantitativos y temporales (frecuencia); por tal razón, su estimación es compleja, como complejo es el darles tratamiento de riesgo previsible; además, son incontenibles, inevitables e irresistibles.

Uno de esos riesgos previsibles en una economía inflacionaria como la nuestra, es el económico, que se produce como consecuencia de la fluctuación, el incremento continuo y generalizado o la disminución del valor de los bienes, servicios y factores productivos, a lo largo del tiempo; por esa razón, con el objeto de prefijar las consecuencias futuras, previsibles y evitar que el riesgo impacte de forma grave la economía del contrato, las partes deben pactar, siempre que resulte viable, cláusulas de estabilización, reajustes o corrección de precios,

⁵ SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D. "Economía". Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 2002, pág 40.

⁶ *Ibidem*. pág. 596 y ss.

⁷ *Ibidem*. pág. 536.

⁸ *Ibidem*. pág. 536.



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

para que el contratista reciba una contraprestación real y equivalente a la prestación ejecutada.

Ciertamente, en el Estatuto de Contratación Estatal se encuentra ensamblado el principio del equilibrio económico del contrato, en virtud del cual, como ya se dijo, se impone el deber de mantener la igualdad entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, a tal punto que en el evento en que ocurra una fractura del sinalagma prestacional por causas no imputables a quien hubiera resultado afectado, las partes deberán adoptar en el menor tiempo posible, las medidas necesarias para su restablecimiento, el cual, en términos de numeral 1) del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, se traducirá en llevar al afectado al punto de no pérdida cuando el equilibrio se rompa por causas no imputables a los contratistas, como habría de ocurrir en este evento en el que la fluctuación de precio del dólar obedeció a variables constantes de la economía ajenas a la voluntad de los extremos que intervinieron en la relación negocial.

Ahora bien, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia⁹, la ecuación económico financiera del contrato puede verse afectada o sufrir menoscabo, por:

a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o

⁹ Consejo de Estado Sección Tercera Sentencia del 28 de junio de 2012 Rad No. 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990) Actor: SOCIEDADES EQUIPO UNIVERSAL Y CIA. LTDA. Y OTROS Magistrada Ponente. Ruth Stella Correa Palacio



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

introduce modificaciones al mismo *-ius variandi-*, sean éstas abusivas o no.

b) Actos generales de la administración como Estado, o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato.

c) Factores exógenos a las partes del negocio, o “teoría de la imprevisión”, o “sujeciones materiales imprevistas”, que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él.

En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura.

No obstante lo anterior, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que proceda el restablecimiento judicial de la ecuación financiera del contrato es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos¹⁰:

“(…)

- 1.- Que la ruptura de la ecuación financiera del contrato (menoscabo) sea de carácter GRAVE.
2. Que a través del medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico.
3. Que la situación fáctica alegada como desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

10



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

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

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

(...)”

Por lo anterior, cuando se invoca por parte del contratante la ruptura del equilibrio económico en determinado contrato, entra a jugar un papel fundamental el principio de la buena fe contractual, el cual, la jurisprudencia ha desarrollado de la siguiente forma:

“(...) De manera que el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia

Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento o alteración del equilibrio económico del contrato, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual¹¹.

¹¹ Ibidem



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

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

3.2 Teoría de la imprevisión.

En lo que tiene que ver con la teoría de la imprevisión, el Consejo de Estado¹² ha señalado que la misma regula tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato, a saber: i) un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo; ii) una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas y iii) un suceso previsto cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes a los planeados, que se vuelven irresistibles. No obstante, en aplicación a dicha teoría, ninguna de las circunstancias anteriores impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón al hecho imprevisible.

Igualmente, la referida corporación sostuvo en la sentencia citada, que:

“(…) esta Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causa no imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato, deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamados al fracaso (…)”

¹². Consejo de Estado Sección Tercera Subsección “C” sentencia el 7 de marzo de 2011 Rad No. 20683 MP. Olga Melida Valle de la Oz



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

En las anteriores condiciones, tal como lo sostiene la jurisprudencia aludida, para que proceda la teoría de la imprevisión, se hace necesario que se demuestren algunos eventos o circunstancias inesperadas y que resulten extrañas, imprevisibles y anormales al contrato, los cuales resulten determinantes para que la entidad contratante se obligue a reparar la ecuación financiera del contrato.

3.3. Los riesgos previsibles en el contexto de los componentes del precio del contrato.

En varias oportunidades, la Sección Tercera del Consejo de Estado¹³, ha indicado que a partir de la vigencia del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales contratantes tienen el deber legal de elaborar con precisión la identificación, estimación y asignación de riesgos. La norma en cuestión tuvo el propósito de que, conocidos oportunamente los riesgos previsibles, cuyos efectos económicos se distribuyen entre las partes contratantes, exista claridad para los proponentes sobre las condiciones bajo las cuales presentan sus ofertas, sin que puedan ser alegados desequilibrios derivados de dichos riesgos, concretamente.

Dentro de ese contexto, la referida Corporación ha advertido que la distribución de los riesgos previsibles que concreten en cada caso el deber legal contenido en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 se incorporan o forman parte de la ecuación económica o financiera de los contratos estatales¹⁴ y que, además, en razón de ese mismo imperativo legal, los pliegos de condiciones deben ofrecer a los proponentes una fórmula definitiva que les permita la anticipación en

¹³ CE. S3/sA. Fallos de 27-Mar-14 [Exp. 41001-23-31-000-1996-08864-01(24845)]. MP. Mauricio Fajardo Gómez; 9-Sep-15 [Exp. 25000-23-26-000-2009-00526-01(45088)]. MP. Hernán Andrade Rincón, entre otras.

¹⁴ 46 CE. S3/sB. Fallos de 31-Ago-11 [Exp. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)], 8-Feb-12 [Exp. 17001-23-31-000-1996-05018-01(20344)] y 28-Jun-12 [Exp. 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990)]. MP. Ruth Stella Correa Palacio; 29-Ago-12 [Exp. 05001-23-26-000-1994-02318-01(20615)]. MP. Danilo Rojas Betancourth; 29-Jul-13 [Exp. 08001-23-31-000-1991-06334-01(21642)] y 11-Dic-15 [Exp. 25000-23-26-000-1997-12130-01(24636)]. MP. Ramiro Pazos Guerrero. En estas providencias se indicó que "Las partes, al celebrar un contrato estatal, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe mantenerse durante su cumplimiento, sin que, en manera alguna, se trate de un equilibrio matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo, por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución"



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

su oferta de un cuadro adecuado de conmutatividad prestacional. En este punto, la jurisprudencia constitucional¹⁵ ha coincidido con el criterio del Consejo de Estado frente a que las causas del desequilibrio económico del contrato excluyen los riesgos que expresamente hayan sido asumidos por el contratista.

Así, el precio de la oferta se erige, desde la óptica financiera del contrato estatal, como una condición implícita del oferente o contratista para suscribirlo y ejecutarlo, que se inserta en un marco prestacional y circunstancial cuyo contenido debe estar delimitado desde los estudios previos, los pliegos de condiciones o sus equivalentes. Corresponde al oferente o contratista establecer, en cada caso, dependiendo de su situación particular e interés marco le resulta favorable en orden a formular un precio cuyos componentes necesarios (costos y utilidad) no deben ser excluidos por la entidad estatal.

4. Caso concreto.

Del material probatorio que reposa en el expediente, se extrae lo siguiente:

El 27 de junio de 2014, el Departamento de Boyacá y CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS S.A.S., hoy JACCOR S.A.S, suscribieron el contrato No 001114 cuyo objeto era la “*adquisición de maquinaria nueva para la conformación de trece unidades de atención vial en el departamento de Boyacá (2012-2015)*” y con el cual se buscaba fortalecer el banco de maquinaria de la gobernación de Boyacá. El valor del contrato comprendió la suma de \$ 14.444.844.124. De acuerdo a las siguientes especificaciones:

Cant.	Descripción.	Valor unitario	Valor total.-
16	Motoniveladoras	\$ 478.047.281	\$7.648.756.496
13	Retroexcavadoras.	\$226.104.684,80	\$2.939.360.902
13	Vibrocompactadores	\$206.133.883	\$2.679.740.479

¹⁵ C-300/12. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

3	Excavadoras sobre Orugas.	\$392.328.749	\$1.176.986.247
---	---------------------------	---------------	-----------------

El plazo de ejecución del contrato, se estableció en 120 días, contados a partir de la suscripción del acta de inicio. (Fls. 22-25)

El 29 de diciembre de 2014, se suscribió modificadorio No 01 al contrato No 1114 de 2014, celebrado entre el Departamento de Boyacá y CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS S.A.S, y **que obedeció** a modificar la razón social del contratista por JACCOR SAS. (fl. 26):

El 05 de mayo de 2015 se suscribió, entre la secretaria de hacienda del departamento, el secretario general, el interventor del contrato y el representante legal de la sociedad JACCOR SAS, el acta de liquidación del contrato No 01114.

De dicha acta, se desprenden como observaciones y/o aclaraciones, la siguiente (fl. 27):

“el contratista se reserva el derecho a la reclamación sobre el restablecimiento económico, presentado bajo el radicado 2014-720-032120-2” por la empresa CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS S.A.S hoy JACCOR SAS, por un valor de \$ 677.057.772 como consta en el documento radicado ante la gobernación de Boyacá, para el cual la respuesta fue negativa por parte del supervisor del contrato, por tal razón dejan constancia de no encontrarse aun a paz y salvo por este concepto”

Obra igualmente en el expediente (fl. 27) un CD contentivo del expediente administrativo, en el cual se observan los siguientes documentos:

Acta modificadoria No 1 al acuerdo del 24 de septiembre de 2012, se viabiliza, prioriza, aprueba y designa ejecutor de los proyectos de inversión.
Estudios previos, soportes y anexos elaborados por la Secretaria de infraestructura y el director de obras públicas del departamento frente al contrato objeto de Litis.



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

Acta No 2 de 2013 y acuerdo No 07 de 2013, por medio del cual se hacen aprobaciones de las correcciones al proyecto.

Acuerdo No 07/2013, por medio del cual se aprueban proyectos de inversión a financiar con recursos del sistema general de regalías de la región centro oriente.

Acta No 002 de 2012, acuerdo 001 de 2012 y acta modificatoria del acuerdo 001 de 2012.

Acuerdo No 001 de 24 de septiembre de 2012 por medio del cual se viabiliza, prioriza, aprueba y designa ejecutor de los proyectos de inversión.

Acta No 02 de 2013 y acuerdo No 07 de 2013.

Aviso de convocatoria licitación pública No 014 de 2013.

Aviso de licitación decreto 19 de 2012.

Proyecto de pliego de condiciones junto con los anexos 1, 2, 3 (este tercero hace referencia a la matriz de riesgo), 4, 5, 6 y 7.

Observaciones hechas entre otros, por el aquí demandante, al pliego de condiciones de licitación pública No 014 de 2013.

Resolución No 4081 de 30 de diciembre de 2013, por medio de la cual se ordena la apertura de la licitación pública No 014 de 2013.

Acta de la audiencia para precisar el contenido y alcance del pliego de condiciones y fijación de riesgos de la licitación pública No 014 de 2013.

Respuesta dada por la gobernación a las observaciones presentadas en la audiencia de aclaraciones de pliegos dentro del proceso de licitación pública No 014 de 2013.

Adenda No 1 de la licitación pública No 014 de 2013, con la cual se modificó el pliego de condiciones.

Adenda No 2 por medio de la cual se modifica el cronograma de la licitación.



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

Adenda No 2 por medio de la cual se modifica el cronograma de la licitación.
Adenda No 3 que modificó el pliego de condiciones.
Oferta presentada por la sociedad CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS SAS para la “adquisición de maquinaria nueva, para la conformación de 13 unidades de atención vial en el departamento de Boyacá (2012-2015)”
Acta de audiencia de cierre del proceso de licitación pública, realizada el 29 de mayo de 2014.
Informe de evaluación preliminar realizado a las propuestas presentadas.
Observaciones presentadas por la aquí demandante al informe de evaluación preliminar de licitación pública.
Resolución No 1226 de 19 de junio de 2014, por medio de la cual se reanuda el proceso de licitación pública.
Adenda No 4.e Informe de licitación pública de 19 de junio de 2014.
Acta de audiencia pública de adjudicación de 24 de junio de 2014, por medio de la cual el Comité Asesor -Evaluador del departamento, recomienda la adjudicación al proponente CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS S.A.S, por ser la más favorable para la Entidad
Resolución No 1231 de 24 de junio de 2014, con la cual se adjudica al proponente aquí demandante, la licitación pública No 014 de 2013.
Contrato No 01114 de 27 de junio de 2014
Acta parcial No 1 de recibo de suministros de 12 de noviembre de 2014, suscrita por el interventor del contrato y el aquí demandante.
Oficio No 2014-720-032120-2 de 15 de diciembre de 2014, por medio del cual el aquí demandante solicitó al departamento de Boyacá “el restablecimiento de la ecuación contractual surgida al momento de contratar”, con el oficio se adjuntan anexos.
Oficio de 20 de enero de 2015, con el que la subdirectora de contratación de la gobernación de Boyacá remite la solicitud presentada por la empresa contratista relacionada con el restablecimiento de la ecuación contractual,



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

a la directora administrativa a fin que emitiera concepto en su calidad de supervisora del contrato No 01114 de 2014.

Documento mediante el cual se adiciona el plazo No 01 al contrato No 1114 de 2014.

Así mismo, reposa en el expediente Oficio No. 006835 del 11 de marzo de 2015, a través de cual, el Departamento de Boyacá dio contestación a la solicitud sobre restablecimiento de la ecuación económica contractual del contrato No. 001114 de 2014, de la cual se extrae lo siguiente (fl. 272-281):

“(…) la presente solicitud realizada por el contratista y los hechos en que se fundamenta su pretensión, no se evidencian elementos que obliguen al Departamento de Boyacá a restablecer el equilibrio económico del contrato, ya que dentro del análisis no se observa un hecho o acto imprevisible, exógeno a las partes (…)

En conclusión frente al primer elemento que el hecho o acto sea imprevisible o exógeno a las partes, queda completamente probado que el hecho por el cual nos convoca el contratista fue previsto y previsible, desde el mismo nacimiento del proceso con los estudios técnicos y documentos previos que soportan esta contratación.

Frente a si el hecho fue, o no fue exógeno, de suyo es que el mercado es un hecho exógeno que no atañe, ni al contratista, ni a la entidad contratante, pues ambos son sujetos inmersos dentro de un mercado global, tal como se presenta en los fundamentos jurisprudenciales.

(…)

El tercer y último elemento que hay que tener en cuenta para la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión es la razonabilidad previsible al momento de la celebración del contrato, este elemento previsibilidad se configuró en la audiencia de asunción de riesgos, cuando los asistentes asumieron el riesgo económico del contrato en su totalidad, independientemente de si este hecho genera mayores costos en la ejecución del mismo, tal como se observa durante toda la etapa contractual (…)

Como ya se mencionó, obra en el plenario el estudio técnico realizado por el Departamento de Boyacá previamente a la celebración del Contrato objeto de controversia, en cuyo numeral 3º referente a la descripción del objeto contractual se previó, lo siguiente:



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

“(…) **3.5. FORMA DE PAGO:** El departamento girara al contratista el 40% como anticipo y el otro 60% restante mediante actas parciales finales de recibo a satisfacción de acuerdo a la entrega total del objeto contractual, previo informe presentado por parte de la Supervisión con visto bueno por el mismo y soporte de los aportes al Sistema General de Seguridad Social y parafiscales y todos
Los trámites correspondientes al pago deben ser gestionados por el contratista y radicados ante la Dirección de Contratación, dando cumplimiento al Artículo 19 de la Ley 1150 de Julio 16 de 2007. DEL DERECHO DE TURNO

NOTA: LA GOBERNACIÓN DE BOYACÁ no reconocerá, por consiguiente, ningún reajuste realizado por el CONTRATISTA en relación con los costos, gastos o actividades adicionales que aquel requería para la ejecución del contrato y que fueron previsibles al momento de la presentación de la propuesta. (…)”

Adicionalmente, en el numeral 7 del estudio se previó lo relacionado con el “*SOPORTE QUE PERMITA LA ESTIMACIÓN, TIPIFICACIÓN Y ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS PREVISIBLES QUE PUEDAN AFECTAR EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO*” en los siguientes términos:

TIPICACION	ESTIMACIÓN	ASIGNACIÓN	ASIGNABLE
RIESGO DEL GIRO NORMAL El incremento en el costo de los bienes y/o servicios objeto del contrato	Lo asumirá en su totalidad el contratista		EL CONTRATISTA. Deberá aportar garantía que ampare A. el cumplimiento del contrato: para garantizar el cumplimiento general del contrato, el pago de multas y demás sanciones que se le impongan en cuantía equivalente al 10% del valor total del contrato, con vigencia igual al plazo de ejecución del mismo y cuatro (4) meses más contados a parir del perfeccionamiento del contrato.
RIESGOS CONSTITUTIVOS DE CASO FORTUITO accidentes de	El contratista asumirá los costos de las operaciones logísticas que por efectos de eventos	CONTRATISTA	Se asignará dentro de las obligaciones del contratista.



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

trabajo que pueden sufrir sus empleados, incendios, averías o destrucciones internas daños de equipos etc.	de caso fortuito, no cumplan con su objetivo y afecten la ejecución del contrato		
<u>RIESGOS DE NO FUNCIONALIDAD Y CADUCIDAD.</u> Cuando los bienes y/o servicios no cumpla a cabalidad con la funcionalidad definida en la Ficha Técnica, ya sea por el estado de los mismos o por la posible caducidad que se presentare debido a sus propiedades físicas y/o químicas.	Los asumirá en su totalidad el contratista	CONTRATISTA	EL CONTRATUISTA deberá aportar la garantía que ampare la calidad de los productos a suministrar: En cuantía equivalente al 10% del valor total de los bienes a suministrar, con vigencia igual a la duración del contrato y cuatro (4) meses más contados a partir de su perfeccionamiento.
<u>RIESGOS COYUNTURALES:</u> Son aquellos riesgos que radican principalmente en fenómenos del orden social, económico o político, como son: los paros cívicos o laborales, la perturbación del orden público o la guerra exterior, que no son previsibles al momento de la celebración del Contrato.	En casos en que la ejecución del contrato se afecte debido a causales de tipo coyuntural, el DEPARTAMENTO conciliará o acordará con el contratista y de acuerdo con la ley, las nuevas condiciones para la ejecución del Contrato.	DEPARTAMENTO	Se incluirá una cláusula en el contrato que mencione la asignación de este Riesgo.

Igualmente se dejó expresamente señalado en citado numeral que “El riesgo económico por variación de precios en las materia primas, transporte, almacenamiento y distribución de los bienes objeto de la compra-venta estará a cargo y por cuenta exclusiva del contratista. Este riesgo incluye todo lo relacionado con el factor salarial que demande la ejecución del contrato, así como el costo de los servicios públicos, arrendamiento y demás. (...)”



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

Del mismo modo, en el pliego de condiciones, el Departamento de Boyacá dejó estipulado respecto de la oferta económica que:

“(…) 3.1 OFERTA ECONOMICA

El oferente deberá presentar su oferta en pesos colombianos, sin anotar centavos, aproximando por exceso o por defecto al entero más cercano así: si es superior a 50 centavos, se aproxima al entero siguiente y si es inferior a 50 centavos se baja al entero anterior.

El valor de la oferta no podrá ser superior al valor del presupuesto oficial que se señala en este pliego. De lo contrario la oferta será rechazada.

Cualquier inconveniente que se presente durante la ejecución del contrato debida a una mala elaboración del cálculo del costo de la propuesta será responsabilidad exclusiva del proponente, debiendo asumir los mayores costos y/o pérdidas que se deriven de dichos errores u omisiones.

Teniendo en cuenta que este punto es de la esencia de la oferta no podrá estar condicionada, ni ser adicionada, modificada o completada después de haber sido presentada la oferta. “

A su vez, en cuanto al ANALISIS Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS PREVISIBLES QUE AFECTAN EL EQUILIBRIO ECONOMICO, previó el ente territorial en el pliego de condiciones que teniendo en cuenta la clase de contrato, los riesgos previsibles que resulten de la contratación, que afecten el equilibrio económico pueden ser según la matriz de riesgo, a la cual ya se hizo alusión en el estudio técnico, matriz que fue reproducida en el anexo 3 del pliego de condiciones.

En lo que respecta a la acreditación de experiencia, se observa que a través de la Adenda 1 de la licitación pública No. 014 de 2013 para la “ADQUISICION DE MAQUINARIA NUEVA, PARA LA CONFORMACION DE TRECE (13) UNIDADES DE ATENCION VIAL EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACA (2012-2015)” por la cual se modificó entre otros aspectos, el numeral 2.4 del el pliego de condiciones, se precio lo siguiente¹⁶:

“(…) 2.4. EXPERIENCIA ESPECÍFICA. 2.4.1. EXPERIENCIA ACREDITADA DEL PROPONENTE:

El proponente deberá tener experiencia acreditada, en máximo diez (10) contratos celebrados y Ejecutados dentro de los tres (3) últimos años contados hacia atrás a partir del cierre del presente proceso, con entidades públicas y privadas, donde su objeto sea el comercio de todo

¹⁶ Folios 71 y 72 del archivo no. 4 del cd que obra a folio 87



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

tipo de maquinaria pesada y equipos, cuyo valor sea igual o superior al 40% del valor de la presente convocatoria, expresado en S.M.M.L.V. a la fecha de cierre de la presente convocatoria.

En relación con los requisitos habilitantes (experiencia probable, experiencia acreditada).

El Departamento de Boyacá tomara la información que conste en el RUP. La experiencia específica que no se encuentre certificada en el RUP podrá ser demostrada a partir de Contratos celebrados con el sector público acompañados del acta de terminación o liquidación final o de contratos u órdenes de pedido con la respectiva factura si se trata de Experiencia con el sector privado.”

Con lo expuesto hasta aquí, es claro que el Departamento de Boyacá en el estudio técnico previo, efectuado para la realización del contrato en cuestión, dejó estipulado en forma expresa y clara al referirse a la “*forma de pago*”, que la Gobernación de Boyacá no reconocería ningún ajuste realizado por el contratista relacionados con los costos y gastos de la ejecución del contrato, Además, estableció la matriz de los riesgos previsibles que podían afectar el equilibrio económico del contrato, y a su vez las responsabilidades de los contratantes frente a estos, así por ejemplo, en lo que tiene que ver con el “**riesgo del Giro normal**” se previó que fuera el contratista que asumiera la **totalidad** del mismo, aunado a que en dicho documento también se puso de presente que, el riesgo económico por variación de precios en las materia primas, transporte, almacenamiento y distribución de los bienes objeto de la compra-venta estaría a cargo y por cuenta exclusiva del contratista.

De otra parte, en el pliego de condiciones, también se plasmó, concretamente en el ítem de la “Oferta económica”, que en caso de presentarse algún inconveniente durante la ejecución del contrato con ocasión a un mal cálculo del costo de la propuesta sería responsabilidad exclusiva de proponente y en lo relacionado con la experiencia se dejó expresamente señalado que para la acreditación de la experiencia del proponente, debía demostrar la celebración de por lo menos 10 contratos en los últimos 3 años con empresas públicas o privadas, cuyo objeto fuera el comercio de todo tipo de maquinaria pesada y equipos.



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

Se observa igualmente en el acta de “la audiencia para precisar el contenido del pliego de condiciones y fijación de riesgos”, la cual se llevó a cabo el 8 de enero de 2014 y a la que se presentó la señora MARIA TERESA DUARTE en representación de MAQUINAS Y EQUIPOS (demandante), que respecto a la fijación de riegos, los asistentes a la audiencia presentaron observaciones específicamente frente a los riesgos naturales, indicando que serían los mismos que los coyunturales, razón por la cual debían tener la misma asignación y además, frente a riesgos de fuerza mayor o caso fortuito adujeron que al final de la matriz estaban compartidos y en el segundo riesgo se encontraban asignados solo al contratista.

Por lo anterior, la Administración accedió a la sugerencia planteada por los asistentes, indicando que el riesgo de fuerza mayor o caso fortuito sería compartido en un 50% CONTRATISTA y 50% contratante, es decir que, nada se modificó frente al riesgo del giro normal que trata de un eventual aumento en los costos de los bienes objeto del contrato, el cual como ya se advirtió, estarían a cargo del contratista¹⁷.

Del mismo modo, la entidad demandante presentó la siguiente propuesta económica¹⁸:

ITEM	DESCRIPCION	UNI DAD	CANT	V/UNITARIO IVA INLCUIDO	V/TOTAL
1	MOTONIVELA DORAS	UN D	16,00	\$478.047.281, 00	\$7.648.756.496,0 0
2	RETROCARGA DORAS	UN D	13,00	\$226.104.684, 80	\$2.939.360.902,0 0
3	VIBROCOMPA CTADOR	UN D	13,00	\$206.133.883,0 0	\$2.679.740.479,0 0
4	EXCAVADOR A SOBRE ORUGAS	UN D	3,00	\$392.328.749, 00	\$1.176.986.247,00
			VALOR	TOTAL	\$14.444.844.124,0 0

¹⁷ Ver archivo No. 4 del CD documento 20

¹⁸ Ver folio 37 del documento 7 del CD



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

A través de Resolución No. RESOLUCION No. 1231 de 2014 (24 de Junio de 2014) se Adjudica la Licitación Publica N° 014 de 2013, cuyo objeto es "ADQUISICION DE MAQUINARIA NUEVA PARA LA CONFORMACION DE TRECE UNIDADES DE ATENCION VIAL EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACA (2012-2015), al proponente CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS S.A.S., representado legalmente por NILSON JAVIER SIERRA BRICEÑO, identificado con C.C. 91.354.359, expedida en Piedecuesta (Santander), por la suma de CATORCE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL CIENTO VEINTICUATRO PESOS (\$14.444.844.124,00) M/CTE"¹⁹

El 27 de junio de 2017, el Departamento de Boyacá y la empresa MAQUINAS Y EQUIPOS S.A.S hoy JACCOR S.A.S celebraron contrato No. 001114 de cuyas clausulas se destacan las siguientes:

"(...) CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: "ADQUISICION DE MAQUINARIA NUEVA PARA LA CONFORMACION DE TRECE UNIDADES DE ATENCION VIAL EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACA (2012-2015)". CLÁUSULA SEGUNDA: VALOR DEL CONTRATO: Para los efectos fiscales y legales el valor del presente Contrato se fija en la suma de CATORCE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL CIENTO VEINTICUATRO PESOS (\$14.444.844.124,00). De acuerdo a las siguientes especificaciones:

(...)

CLAUSULA CUARTA: FORMA DE PAGO: El departamento girara al contratista el 40% como anticipo para lo cual el contratista deberá constituir fiducia para el manejo de los recursos, los rendimientos que se generen deberán reintegrarse al Departamento y el otro restante mediante actas parciales de recibo a satisfacción de los bienes ingresados al Departamento de Boyacá, previo informe presentado por parte de la Supervisión con visto bueno por el mismo y soporte de los aportes al Sistema General de Seguridad Social y parafiscales y todos Los trámites correspondientes al pago deben ser gestionados por el contratista y radicados ante la Dirección de Contratación, dando cumplimiento al Artículo 19 de la Ley 1150 de Julio 16 de 2007. DEL DERECHO DE TURNO. (...) CLÁUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO: 1. Cancelar al contratista la suma estipulada de acuerdo a lo acordado. 2. Exigir al Contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto del presente acto. 3. Cumplir y hacer cumplir las condiciones pactadas en el presente contrato y las que se desprendan de su objeto. CLÁUSULA NOVENA: OBLIGACIONES DEL

¹⁹ Ver folio 70 del documentos 7 del CD



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

CONTRATISTA (...) CLÁUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO: 1. Cancelar al contratista la suma estipulada de acuerdo a lo acordado. 2. Exigir al Contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto del presente acto. 3. Cumplir y hacer cumplir las condiciones pactadas en el presente contrato y las que se desprendan de su objeto. CLÁUSULA NOVENA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA (...) El contratista se obliga a cumplir con todas y cada una de las especificaciones enunciadas en su oferta la cual se anexa al presente documento y forma parte integral del mismo. (...) F) Mantener durante la ejecución del contrato, los precios propuestos (...) CLÁUSULA DECIMA: GARANTÍA ÚNICA DEL CONTRATO: El contratista deberá suscribir a favor de la entidad una garantía que cubra los posibles riesgos que se presente dentro de la ejecución del contrato. A.-Cumplimiento del contrato: para garantizar el cumplimiento general del contrato, (...)

Dentro de la ejecución del contrato y tal como quedó consignado en el clausurado del mismo, en punto a la forma de pago, el Departamento de Boyacá giró a favor del contratista el 40% del valor total del contrato como anticipo y el pago restante mediante actas parciales de recibo a satisfacción de los bienes ingresados al Departamento de Boyacá, tal como da cuenta los soportes que obran en el expediente a folios 246 a 268, en los que se observan 3 actas parciales de fechas **12 de noviembre de 2014, 26 de diciembre de 2014 y 2 de marzo de 2015**, suscritas por el supervisor del contrato y el contratista, acompañadas de los informes de interventoría y supervisión correspondiente a cada una de las actas. A su vez, aparece el acta de recibo final a satisfacción suscrita por el interventor y la entidad contratante.

Según acta de inicio que reposa en el plenario, el contrato inició el 10 de julio de 2014²⁰, y fue liquidado por acta suscrita el 5 de mayo de 2015 (fl. 268) en la que, la sociedad JACCOR S.A.S dejó la siguiente constancia: "(...) se reserva el derecho a la reclamación sobre el restablecimiento económico, presentado bajo el Radicado 2014-720032120-2 (...) por valor de \$677.057.772,00 como consta en el documento radicado en la gobernación de Boyacá, para el cual la respuesta es negativa por parte del superior del contrato."

²⁰ Ver documento 87 del archivo 7 del CD.



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

Al respecto, obra en el plenario dictamen pericial (fls. 314-328) decretado en la audiencia inicial, del cual se extrae lo siguiente:

“(…) Para el caso del 2013 y teniendo en cuenta la definición de TRM, a continuación se presentan los valores correspondientes a la TRM, real u observada por el banco de la república con una frecuencia mensual, que nos muestra unos valores que fluctúan entre 1770.01 pesos por dólar y 1934.08 pesos por dólar, sin perder de vista que las variaciones para el año 2013 estuvieron dadas o son el producto de las fluctuaciones en el precio internacional de cotización del barril de petróleo, las tasas de interés de la reserva federal de los Estados Unidos y la tasa de interés fijada por el banco de la república en Colombia como se muestra en la columna dos de la tabla número uno.

De acuerdo a lo solicitado de igual forma se presenta en la tercera columna de la tabla uno la proyección de la **TRM** para el año 2013 y con base en las proyecciones de Analistas locales (anexo uno y dos) que son trimestrales y de carácter indicativo, se infiere un comportamiento mensual que es el presentado en dicha tabla uno, está por su parte presenta una fluctuación entre 1831 y 1991 pesos por dólar, los analistas para el caso tuvieron como referencia para presentar esta fluctuación la diferencia entre las expectativas de la tasa de interés entre la reserva general de los estados unidos y el banco de la república de Colombia, y las expectativas de los mercados europeos.

(…)

Al observar lo consignado en la tabla uno y la gráfica uno se observa claramente que la TRM real u observada en los periodos de enero a junio y de octubre a diciembre de 2013 es inferior a la proyectada y para el periodo junio a septiembre la **TRM** observada es superior a la proyectada, lo que nos muestra que no hay una tendencia única de variación, ya que los factores que la determinan pueden influir de manera diferente en los cambios de crecimiento de la tasa real. (Subraya la Sala)

TRM (TASA REPRESENTATIVA DEL MERCADO) PARA EL 2014

Para el año 2014 la TRM real u observada presentó una variación entre 1858.4 y 2344.23 pesos por dólar, como se evidencia en la columna dos de la tabla dos.

En cuanto a la columna tres proyección de la TRM, se observa una variación que fluctúa entre los 1990 y 2335.4, lo cual muestra una diferencia entre el dato mayor y el dato menor de la proyección de 345.4 pesos por dólar.

(…)

Lo que refleja la gráfica anterior es que en el mes de enero presenta una tasa real inferior a la proyectada en 29.59 pesos por dólar, pero a partir de febrero y hasta marzo la TRM real supera la proyectada en 41.35 pesos por dólar en promedio; a partir de abril y hasta diciembre la TRM real estuvo por debajo de la TRM proyectada presentando una



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

diferencia entre una y otra de 102.1 pesos por dólar en promedio. De lo anterior se concluye que el crecimiento de la TRM real u observada a partir del mes de julio, muy a pesar de presentar una tendencia creciente y constante, para todos los meses presento valores inferiores a la tendencia de la proyección (Subraya la Sala)

(...)

Del cuadro anterior se deduce que el valor ofertado IVA incluido asciende a la suma de 12.005.871.691.00 y valor real de compra IVA incluido es de 12.682.929.463 00 estableciéndose de lo anterior una diferencia de 677.057.772 pesos.

(...)

La tabla anterior refleja en la columna dos el número de máquinas consolidado por tasa de cambio, en la columna tres de muestra el valor de dólares pagados por cada máquina según la TRM correspondiente al día de nacionalización reflejados en cada declaración de importación, en la columna cuatro se consigna la TRM el día de la adjudicación del contrato (24 de junio de 2014), con respecto a la columna cinco se presenta la TRM de nacionalización, en la 6 el valor de compra sin IVA, en la columna 7 el valor de compra con IVA incluido según el manifiesto de importación, y finalmente en la 8 columna 8 el valor total de compra de la maquinaria.

De acuerdo a los manifiestos de la aduana se presentan los costos de la adquisición de la maquinaria que ascienden a la suma de 11.124.856.094,51 IVA incluido.

Ya que la maquinaria no se produce aquí en colombiana es necesario adquirir la maquinaria en moneda extranjera (dólares) puesto que en el cuadro anterior se toma la cantidad de dólares por unidad de máquina y se realiza el cálculo verificando el total de la compra de la maquinaria con el cuadro 6 expresado en pesos.

(...)

En el cuadro anterior se presenta la diferencia entre la TRM al momento de la nacionalización de cada máquina según la declaración de importación (columna 4) y la TRM al momento de la adjudicación contractual (columna 5), en la columna 6 se presenta la diferencia en pesos respectivamente y finalmente en la columna 7 la variación porcentual que se obtuvo.

Inicialmente la maquinaria se negoció con un precio de 1884,56 pesos por dólar mes de junio de 2014, posteriormente en los meses de la nacionalización se evidencia un aumento del dólar con un tope de 2.074,40 pesos que no depende de factores sobre los cuales los implicados puedan intervenir; aunque las expectativas de crecimiento del precio del dólar prevén que los agentes del mercado en el corto plazo



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

un dólar estable sin mayores variaciones, pero para mediano plazo se pueden presentar variaciones sustanciales.

(...)

En la tabla anterior (6) se refleja el valor total de la oferta de **14.444.844.124,40** pesos (columna 6) comparado con valor de compra de cada máquina IVA incluido según los manifiestos de la aduana más otros componentes dando como resultado **13.227.411.542,00** columna 9 y mostrando una diferencia de 1.217.432.582,40 columna 10

Con respecto a los otros componentes de un total de 2.102.562.426,00 este valor es tomado de la demanda folio 5 primer cuadro, este valor diferido proporcionalmente para cada máquina generando así los diferentes gastos requeridos para cada maquina.

El incremento de la TRM entre la fecha de adquisición de los equipos y la fecha de adjudicación contractual (oferta) se ve compensado con la disminución del costo en dólares de los equipos adquiridos.

Si bien es cierto que la fluctuación de la tasa de cambio del dólar entre la fecha de compra y/o adquisición de los equipos por parte del contratista y la fecha de presentación de la propuesta a la gobernación de Boyacá muestra un incremento que presupondría un deterioro en el equilibrio económico y financiero pero teniendo en cuenta que con base en las cifras reales que se determinaron en las tablas analíticas (tablas 4 y 6) y que forman parte integral del presente informe se puede inferir que el costo de los equipos suministrados por el contratista a la gobernación de Boyacá al momento de su importación, adquisición y/o compra presentaban un valor inferior, al ofertado en la fecha de presentación de la oferta y adjudicación de la licitación por parte de la Gobernación de Boyacá. (...)"

En la audiencia de prueba llevada a cabo el 29 de marzo de 2017, la perito sustentó su dictamen de la siguiente forma (Mint 09:16 del CD fl.333):

(...)**PREGUNTADO.** Podría precisar cuál sería la gran conclusión a la cual se llegó una vez efectuado el dictamen y rendido el informe al objeto del dictamen pericial, a las preguntas que se formularon y a las que se haya hecho referencia en esta audiencia. **CONTESTÓ.** Según el informe lo que estoy diciendo es que, hice el análisis en cantidad de dólares, igual lo hice en pesos y pues el precio total es inferior al de la oferta (...) es inferior el valor de la compra de la maquinaria con IVA incluido más otros componentes de cada máquina, es inferior al valor de la oferta (...). **PREGUNTADO.** Es decir, en su concepto la variación del dólar afectó o no afectó a la parte demandante conforme a la pregunta que se había formulado. **CONTESTÓ.** Si, si bien es cierto efectivamente el valor del dólar aumentó, pero esto se ve reflejado en la



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

cantidad de dólares de los que se hizo la compra de la maquinaria, ósea, en la tabla 4 están los valores expresados en dólares y pues ahí está disminuido la cantidad de dólares que eso hace una compensación con el aumento del dólar para la época. En el cuadro comparativo, en la columna 3, en la parte de arriba se ve el valor de la cantidad de dólares y en el cuadro, según el manifiesto de la aduana que yo realicé, se ve la diferencia de la cantidad de dólares, entonces efectivamente si hubo un aumento pero eso se ve compensado con la cantidad de dólares de la compra y generando así que el valor de la compra total es inferior al de la propuesta. **PREGUNTADO.** Cuando se refiere a otros componentes, quisiera solicitarle señora perito que le precise al Despacho, si está incluido el impuesto de industria y comercio que se liquida y cancela con posterioridad a la ejecución del contrato, si lo contempló dentro de esa diferencia de los 1200'000.000 que manifiesta que habría a favor (...) lo segundo, si está allí dentro de ese concepto de otros componentes y que le precise al Despacho que porcentaje colocó de administración y utilidad, por cuanto esta manifestado en la conclusión que aparece en la página 11 del dictamen que se ve compensado el mayor valor del dólar frente a una disminución del número de dólares, en que parte de la propuesta se estableció cual era el monto de dólares por cada una de la maquinas, en el sentido de determinar entonces si está incluido algún componente de administración o de utilidad dentro de los otros componentes que ella menciona para efectos de sacar la diferencia de 14 mil a 13 mil millones de pesos y que se determine qué porcentaje calculo ella dentro de lo que usualmente en este tipo de contratos se estila por los proponentes, porque los datos que ella está sacando solamente es lo que le costaba al proponente adquirir el bien para suministrárselo a la Gobernación pero no vero dentro del dictamen absolutamente ni un peso costos administrativos, ni mucho menos de utilidad que lógicamente también van dentro de un componente dentro de una propuesta y si en el valor de la propuesta está discriminado o no esos mismos valores de administración, utilidad o imprevistos para efectos de determinar el desglose de esa de esa diferencia (...) **CONTESTÓ.** Con respecto a los otros componentes estamos diciendo que son de 2.102' 562.426 esto se parte de la buena fe y es tomado de la demanda folio 5 del primer cuadro que pues no tengo soporte pero parto de la buena fe que esos otros componentes son el tema como de transporte losa gastos que haya tenido cada máquina y esto es diferido proporcionalmente por cada máquina según el costo de cada una porque es diferente en todas, con respecto a la cantidad de dólares en la demanda se presenta la tabla tres, por ejemplo podemos tomar el primer caso de cantidad de dólares que son 218420 cantidad de dólares y según el manifiesto de la aduana que se adjunta en la demanda la cantidad de dólares es de 160485 y haciendo ese análisis se ve reflejado en la compra de 11.124'156. 094,51 dólares, es decir, la compra ya con IVA incluido, respecto de la proyección aclaro en el dictamen en que periodos la proyección de la TRM supera a la real que para el momento de la compra, es decir, a partir de abril a diciembre la Tasa



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

Representativa del Mercado es inferior, luego la proyección está por encima luego si se pudo haber proyectado (...) respecto a los valores de impuestos, estampillas, pólizas ese tipo de cosas se infiere que están dentro de la propuesta del contrato, luego eso no lo incluí, de todas formas hice un cálculo aproximado y eso da 159 millones más o menos, aproximadamente que igualmente no varía en el resultado (...)"

No obstante lo anterior, en la audiencia de pruebas realizada el 19 de marzo de 2017, el apoderado de la parte demandante objetó por error grave el dictamen pericial al cual se hizo alusión en el párrafo anterior, por lo que solicitó la práctica de un nuevo dictamen como prueba de la objeción, para determinar si las conclusiones están acordes o no.

Para fundamentar su objeción, señaló lo siguiente:

(...) como bien ella lo ha manifestado, no está incluyendo todos los componentes que deben comportar el dictamen pericial, para efectos de ilustrar al Despacho en torno a la decisión que debe tomar (...) no se hizo el desglose a que se estaba refiriendo a otros componentes, lo más grave y como bien lo confiesa ella que no está incluido el componente de administración y utilidad (...)

Por lo anterior, teniendo en cuenta la objeción alegada por la parte demandante debidamente sustentada en la audiencia, el Despacho solicitó la práctica de un nuevo dictamen pericial para efecto de corroborar lo afirmado en la audiencia y que se pronuncie respecto de las objeciones formuladas por la parte demandante.

En cumplimiento de lo anterior, se realizó nuevo dictamen pericial el cual fue sustentado en audiencia de pruebas realizada el 19 de marzo de 2019 (fl. 409). En el informe contentivo de la pericia se estableció lo siguiente:

"(...) De acuerdo con la licitación pública No. 014 de 2013, observando las fechas allí señaladas, se tiene que para el día 26 de noviembre de 2013, se realizaría la audiencia de adjudicación, para esa fecha la tasa representativa del merado era de \$1.926,99.



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

Con respecto a la propuesta económica presentada por Maquinaria y Equipos S.A.AS, por valor de \$14.444'844.124, con base en la licitación pública No. 014 de octubre de 2013, se suscribe contrato No. 001114 del 27 de junio de 2014, por valor de \$14.444'844.124.

Para la fecha de suscripción o firma del contrato (27 de junio de 2014) la tasa de cambio representativa del mercado, era de 1.886,01.

(...)

A esta fecha el dólar descende, ya que desde el 26 de noviembre de 2013 (fecha en que se realizaría la audiencia de adjudicación) y la fecha de suscripción del Contrato No. 001114 del 27 de junio de 2014, LA TASA DE CAMBIO HABÍA BAJADO de \$1.926,99 a \$1886,01.

(...)

Valores a las fechas de nacionalización aplicando las respectivas tasas de cambio y la fecha de adjudicación

$\$15.432.'022.908 - 14.444'844.124,40 = \$987'178.783,60 (...)$

Asimismo, el perito al sustentar su informe señaló que:

“(...) **PREGUNTADO.** Por favor usted podría precisar señor perito a esta audiencia, sobre qué información principalmente se basó usted en las conclusiones a las que llega en el informe. **CONTESTÓ.** Lo que se realizó de acuerdo al audio de la audiencia del apoderado de la parte demandante, que no se habían tenido en cuenta los valores con respecto a las fechas de la tasa de cambio y a la fecha de nacionalización de la maquinaria, de lógica su señoría así como lo manifesté en el trascurso del dictamen, la tasa de cambio sufrió variaciones, desde inclusive, desde la publicación del contrato y viene variando para la fecha de la firma del contrato y sucesivamente hasta llegar a la fecha de nacionalización de la mercancía, por eso, basándome igualmente en el acervo que está dentro del expediente que están las certificaciones del Baco de la República y la de la superbancaria, están los ítem de las tasas de cambio para esas fechas entonces se ve la variación, y para esas fechas de nacionalización, se viene a ver esta diferencia (sic) **PREGUNTADO.** Sobre que compontes usted realizó la experticia y si analizó también lo que tenía que ver con la utilidad esperada **CONTESTÓ.** Yo lo hice con respecto a la tasa de cambio, la diferencia de valores con respecto a la tasa de cambio, como lo había planteado por el apoderado de la parte demandante en la audiencia, el valor de la tasa de cambio que ha variado entre la fecha de adjudicación del contrato, y la fecha de la nacionalización “

ANALISIS DE LAS PRUEBAS Y CONCLUSIONES.

En primer lugar es importante ponderar la gran importancia que cobra el marco condicional sobre el cual se enmarcó todo el proceso



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

de contratación, toda vez que, si bien es cierto en el contrato celebrado entre el Departamento de Boyacá y MAQUINARIA Y EQUIPOS S.A.S hoy JACCOR S.A.S respecto de los riesgos, solamente se estableció que el contratista suscribiría a favor de la entidad una garantía que cubriera los posibles riesgos que se presentaran dentro de la ejecución del contrato, sin que se determinarán específicamente cuales riesgos asumiría cada uno, también es claro, como ya se advirtió, que desde el comienzo del proceso de contratación hasta su finalización (estudios previos, pliego de condiciones, audiencia de aclaración al pliego de condiciones, respuesta a las observaciones, adendas, etc) se les puso en conocimiento a los interesados la matriz de riesgos y responsabilidades frente a estos, aunado a que durante todo el proceso se dejó claro por parte del ente territorial que, ante el riesgo de variaciones que se pudieran presentar respecto de los precios de los bienes objeto del contrato, los asumiría en un 100% el contratista.

Fue así como, desde la misma propuesta la entidad demandante aceptó todas las condiciones del pliego y se comprometió a cumplirlas en caso de ser seleccionado, señalando en la carta de presentación lo siguiente:

“(…) El suscrito CCS MAQUINARIA Y EQUIPOS S.A.S de acuerdo con las bases de contratación, hago la siguiente oferta para "ADQUISICION DE MAQUINARIA NUEVA, PARA LA CONFORMACION DE TRECE (13) UNIDADES DE ATENCION VIAL EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACA (2012-2015) y en caso que sea aceptada por EL DEPARTAMENTO, me comprometo a firmar el contrato correspondiente.

En el evento de resultar aceptada mi propuesta, me comprometo a perfeccionar y legalizar el respectivo contrato dentro del tiempo estipulado en los pliegos de condiciones y a ejecutar el objeto contractual de acuerdo con los documentos que hacen parte de la Licitación Pública, del contrato, de esta propuesta y las demás estipulaciones de la misma.

En mi calidad de proponente declaro:

1. Que conozco el pliego de condiciones de la presente Licitación Pública, sus adendas e informaciones sobre preguntas y respuestas, así como los



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

demás documentos relacionados con los trabajos, y acepto cumplir todos los requisitos en ellos exigidos.

2. (...)

3. Que acepto las cantidades de obra establecidas por LA ENTIDAD CONTRATANTE, para la ejecución del contrato, entendiendo que son aproximadas y que por tanto podrán aumentar o disminuir durante el desarrollo del mismo.

(...)

8. Que leí cuidadosamente los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública y elabore mi propuesta ajustada a los mismos. Por tanto, conocí y tuve las oportunidades establecidas para solicitar aclaraciones, formular objeciones, efectuar preguntas y obtener respuestas a mis inquietudes

Así entonces, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, la distribución de los riesgos previsibles, concretada en el estudio técnico y en el pliego de condiciones, hacía parte de la ecuación económica y/o financiera del contrato, circunstancia que le permitía a la sociedad demandante y a todos los interesados anticiparse en sus ofertas respecto de este aspecto y adecuarla conforme a su capacidad económica y demás condiciones.

En esa medida, no hay duda que la parte demandante así como todos demás interesados, desde el principio conocían las condiciones de contratación y los eventuales riesgos que asumirían en caso de ser favorecidos con la adjudicación del contrato, teniendo la oportunidad de presentar las observaciones, objeciones y aclaraciones que consideraran pertinentes, sin embargo, de los documentos que reposan en el expediente no se observa que la sociedad actora hubiera efectuado observación u objeción alguna al respecto, por lo que es posible concluir que siempre estuvo de acuerdo con el pliego de condiciones, máxime si se tiene en cuenta que como quedó arriba señalado, durante el proceso de contratación no se advierte que hubiera realizado observaciones al pliego de condiciones ni por escrito, ni en la audiencia realizada para precisar la fijación de riesgos y demás contenido del pliego, como si lo realizaron otros proponentes.



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

Del mismo modo, en las actas parciales de entrega, **de fechas 12 de noviembre de 2014, 26 de diciembre de 2014 y 2 de marzo de 2015**, no se realizó observación o reclamación alguna por parte del contratista respecto de un eventual rompimiento de la ecuación económica o desequilibrio económico del contrato producto de la variación de la Tasa Representativa del Mercado respecto del dólar, es más, todas las actas fueron firmadas a satisfacción por parte del interventor y del contratista, fue solo hasta el acta de entrega final que el contratista puso de presente que se reservaba el derecho de reclamar el restablecimiento económico, hecho que en criterio de la Sala, claramente va en contra vía del principio de la buena fe contractual pues conforme a este postulado, tan pronto como tuvo conocimiento de la inconformidad por un supuesto rompimiento del equilibrio económico del contrato debió manifestarlo al ente territorial contratante, con el fin de propender por su inmediata subsanación.

Así las cosas, el silencio del contratista durante todo el proceso precontractual y contractual, se traduce en la aceptación tácita de las condiciones en que se celebró el contrato en cuestión y de la forma como se estaba ejecutando, tan es así, que solo hasta el acta de liquidación del contrato, es decir, cuando se había ejecutado el 100% del objeto contractual, manifestó su inconformidad, a sabiendas que con anterioridad pudo advertir la variación de la tasa representativa del mercado de la cual deriva el supuesto desequilibrio económico alegado.

Ahora bien, del informe del dictamen pericial rendido por la Perito Diana Carolina Muñoz González, se puede inferir que si bien es cierto como lo afirma la parte demandante la Tasa Representativa del Mercado tuvo un aumento importantes respecto de la tasa de cambio del dólar entre la fecha en la cual se presentó la propuesta y la fecha en la que se realizó la compra de los equipos y maquinas objeto del contrato, también lo es que, según se indica en el referido informe, tomando en cuenta los datos presentado en los manifiestos de aduanas y de importe, el valor de la maquinaria comprada fue inferior al que se presentó en la propuesta, es decir, el valor de la



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

propuesta económica presentada por el contratista fue de **14.444.844.124,40** y el precio de compra fue de **13.227.411.542,00**, generado una diferencia de 1.217.432.582,4, en tanto el número de dólares utilizado para la compra fue inferior a los de la propuesta, aunado a que la TRM proyectada entre abril y diciembre de 2014, esto es, en la época de la compra resultó ser superior a la TRM real.

Lo anterior, cobra relevancia por cuanto, tal como lo manifestó la auxiliar de la justicia y que no fue materia de la objeción, las proyecciones de la tasa de cambio son importantes en la medida que representa las expectativas de los agentes el mercado, en este caso para el periodo analizado, esto es, 2013 y 2014 y tomando en consideración como se estableció en su dictamen que la Tasa Representativa del Mercado real para el citado periodo estuvo por debajo de la proyectada por el Banco de la República, considera la Sala que tal circunstancia es un indicativo que si bien se presentó una variación en el precio del dólar que posiblemente vario el precio de los bienes objeto del contrato, tal variación no se enmarca dentro de lo que la jurisprudencia denomina como extraña, imprevisible o anormal, pues se itera, las proyecciones dan un parámetro del comportamiento de la TRM a los agentes del mercado, parámetro que no debía ser desconocido para el contratista, pues se creería que por la experiencia que tuvo que demostrar en su propuesta, tendría que saber que si la maquinaria objeto del contrato no se ensamblaba en Colombia y debía ser importada, uno de los riesgos del giro normal del negocio era precisamente la variación en el precio el dólar, moneda en la que fue comprada la maquinaria, hecho perfectamente usual en una economía fluctuante como la de nuestro país.

Por lo anterior, es posible afirmar que, como se estableció, tal riesgo fue asumido en forma expresa por el contratista y conforme al criterio del Consejo de Estado, un eventual desequilibrio económico excluye como causa, los riesgos aceptados expresamente, como en efecto ocurrió en este asunto.



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

Por su parte, el segundo dictamen sostuvo, al igual que en el primero, que evidentemente entre los años 2013 y 2014, época en la que se realizó el proceso contractual, se presentó una variación en el precio del dólar entre las fechas del pliego de condiciones, de la propuesta, de la adjudicación, de la firma del contrato y de la nacionalización de los bienes, hecho que no se encuentra en discusión.

En efecto, el segundo perito manifestó en su experticia que entre la fecha de adjudicación del contrato que fue el 26 de noviembre de 2013 y la de la firma del mismo, esto es, el 27 de junio de 2014 la tasa de cambio disminuyó, de \$1.929,99 a \$1.886,01, lo que presupone que para la fecha de presentación de la propuesta con la cual fue seleccionado el contratista, la tasa de cambio era más alta que la de la firma del contrato y en esa medida la propuesta económica para la compra de la maquinaria objeto del contrato se habría realizado con base en proyecciones de una Tasa Representativa del Mercado más alta a la del momento en que se suscribió. Además, teniendo en cuenta que el perito adujo en la audiencia de contradicción que *“(...) la tasa de cambio sufrió variaciones, inclusive, desde la publicación de la licitación y viene variando para la fecha de la firma del contrato y sucesivamente hasta llegar a la fecha de nacionalización de la mercancía (...)”*, resulta lógico para la Sala que para el contratista no era desconocido que el dólar venía sufriendo variaciones importantes en su precio, hecho que debió ser previsto al momento de presentar la propuesta a la entidad contratante, máxime si, como ya se dijo, la sociedad demandante acreditó experiencia suficiente en esta clase de contratos.

Adicionalmente, observa la Sala que a pesar de que la parte demandante en los motivos de objeción del primer dictamen pericial, señaló claramente que en este no se había incluido el componente de administración y utilidad, en el segundo dictamen pericial tampoco se estableció si hubo o no alguna utilidad para el contratista, ni tampoco determinó los gastos de administración, en tanto, simplemente realizó un análisis de la variación de la Tasa Representativa del Mercado entre la fecha de adjudicación del contrato y la fecha de nacionalización de la maquinaria, pero sin



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

precisar los efectos concretos de dicha variación frente al contratista, razón por la cual, del citado análisis no es posible concluir *Per se*, que en el contrato No. 001114 del 27 de junio de 2017 se hubiera presentado un desequilibrio económico, como lo afirma la parte demandante.

Por lo anteriormente expuesto se negaran las pretensiones de la demanda.

COSTAS

En cuanto a las **costas en primera instancia**, se condenará a la parte demandante, al no haber prosperado las pretensiones de la demanda, tal como lo dispone el numeral 1º del artículo 365 del CGP.

Para la fijación y liquidación de las agencias en derecho se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión N° 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, instaurada por JACCOR S.A.S, en contra del Departamento de Boyacá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Se condena en costas para la parte vencida.

Para la fijación y liquidación de las agencias en derecho se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

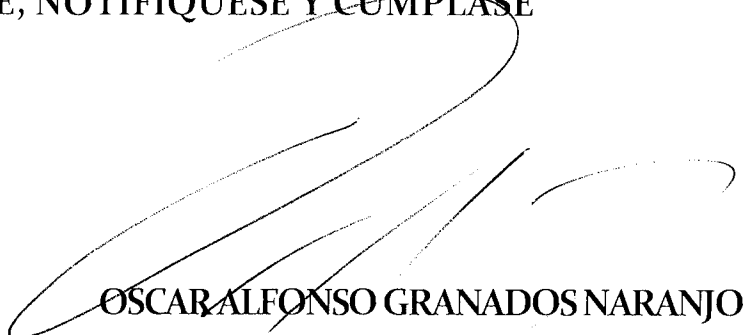
TERCERO: Una vez en firme esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.



Demandante: JACCOR SAS
Demandado: Departamento de Boyacá
Expediente: 150012333000201500619-00
Controversias contractuales

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado


FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 194 de hoy 15 NOV 2019

EL SECRETARIO