



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá D.C., quince (15) de abril de dos mil veinte (2020)

Referencia	11001-33-31-031-2012-00134-01
Sentencia	SC3-20042389
Acción	Controversias contractuales
Demandante	Construcciones CF SAS
Demandado	Empresa de Energía de Bogotá SA ESP y otro
Tema	Contrato celebrado en desarrollo de fiducia pública: marco normativo. Capacidad de las sociedades fiduciarias para constituirse en parte procesal como voceras de los patrimonios autónomos. Requisitos para que proceda la declaratoria de desequilibrio económico del contrato. Equilibrio económico del contrato se reconocerá sólo si fue oportunamente solicitado dentro de la ejecución del contrato.

Procede la Sala a proferir sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso de controversias contractuales.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

El 15 de diciembre de 2010 se presentó solicitud de conciliación. El 17 de mayo de 2011 se adelantó la audiencia y el mismo día se emitió la correspondiente constancia.

El 2 de septiembre de 2011 Construcciones CF SAS presentó demanda de controversias contractuales contra la Empresa de Energía de Bogotá y contra la Fiduciaria de Occidente SA. Expresamente se solicitaron como pretensiones lo siguiente:

Primera. Que se declare que las demandadas incumplieron sus obligaciones contractuales para con el demandante, en especial, pero sin limitarse a ello, las obligaciones de entregar oportunamente y en debida forma, los planos y diseños que le permitieran ejecutar a mi representada CONSTRUCCIONES CF SAS las obras contratadas en el plazo y precio estipulado.

Segunda. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las demandadas a pagar al demandante las sumas de dinero que indemnicen y compensen plenamente los costos, sobrecostos, daños y perjuicios de toda índole causados por dicho incumplimiento, estimados en la suma de **SEICIENTOS CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CIENTO NOVENTA Y SEIS PESOS CON 31/100 (\$640'395.196,31) M/CTE** discriminados así:

- a. Personal profesional y técnico, la suma de \$215'395.899.
- b. Gastos administrativos tales como celaduría, servicios públicos, cajas menores, administración de la oficina principal y otros, la suma de \$106'166.233.

- c. Reajuste de precios de actas, la suma de \$101'595.245.
- d. Pólizas, la suma de \$8'006.595.
- e. Equipos, la suma de \$194'231.224.
- f. Honorarios de cobranza según contrato de transacción suscrito entre Construcciones CF SAS y la sociedad Solinoff Corporation SA, la suma de \$15'000.000.

Tercera. Que sobre las sumas reclamadas en el punto anterior, se reconozca el interés moratorio legal correspondiente, contado a partir del día 1 de diciembre de 2009, fecha de la celebración del acta de liquidación del contrato de obra civil No. 05 de 2008 y hasta que se efectúe su pago.

Cuarta. Que se condene en costas a las demandadas.

Como fundamento de las pretensiones se indicó que la Empresa de Energía de Bogotá suscribió con el Fondo de Educación y Seguridad Vial el convenio interadministrativo 046 de 2006. En dicho convenio la Empresa de Energía de Bogotá le prometía vender al Fondo de Educación y Seguridad Vial el edificio en el que tradicionalmente había funcionado y además se comprometía a realizar las obras de remodelación y adecuación, todo a cambio de un solo precio y en un plazo de 7 meses.

En cumplimiento del anterior convenio, el 21 de diciembre de 2006, la Empresa de Energía de Bogotá transfirió, a título de compraventa, el derecho real de dominio del mencionado inmueble al Fondo de Educación y Seguridad Vial. Posteriormente, el Fondo en liquidación cedió el inmueble a título gratuito a Bogotá.

También en cumplimiento del citado convenio, la Empresa de Energía de Bogotá constituyó un patrimonio autónomo en la Fiduciaria de Occidente. A ese patrimonio autónomo ingresaron los recursos que el Fondo entregó a la Empresa de Energía de Bogotá para el prediseño, diseño, reforzamiento estructural, adecuación, amoblamiento e interventoría del edificio antes mencionado.

Dentro del contrato de fiducia mercantil que la Empresa de Energía de Bogotá celebró, no sólo se constituyó un patrimonio autónomo, sino que se acordó que la Fiduciaria, como vocera y administradora de dicho patrimonio, celebraría los contratos de obra, interventoría, prestación de servicios y órdenes de compra que fueran necesarios para el prediseño, diseño, reforzamiento estructural, adecuación, amoblamiento e interventoría.

En cumplimiento del contrato de fiducia mercantil, el 1 de julio de 2008 la Fiduciaria de Occidente celebró el contrato de obra civil No. 005 con Construcciones CF SAS, para llevar a cabo las obras de reforzamiento estructural, adecuación, remodelación y amoblamiento del edificio. Todo ello de acuerdo con los planos y especificaciones entregados para la elaboración de la oferta y la oferta definitiva presentada por el contratista el 22 de abril de 2008.

El 16 de julio de 2008 la Constructora informó a la interventoría que el paquete de planos que les había sido suministrado contenía algunos planos, pero no todos los establecidos y necesarios para la ejecución de la obra. Es decir, no existían unos planos definitivos para iniciar las obras. Sin embargo, en aras de optimizar los tiempos y la programación inicialmente presentada, el 8 de agosto de 2008 la constructora suscribió acta de inicio, con

el compromiso de que la entidad entregaría el diseño arquitectónico completo y definitivo, a más tardar el 1 de septiembre de 2008.

El 4 de septiembre de 2008 la firma interventora envió un CD que contenía los planos arquitectónicos entregados en comité de obra No. 1, junto con la licencia de construcción del predio. Sin embargo, según aseguró el demandante, esta información era incompleta, ya que no comprendía los diseños arquitectónicos y técnicos definitivos, de los cuales dependían varias actividades necesarias para desarrollar el proyecto. En numerosas ocasiones, se le solicitó a la firma interventora aclaración de los diferentes diseños, los cuales no contaban con una definición de detalles de alta importancia para la ejecución de la obra. Dado que no se contaba con diseños definitivos, el proyecto fue modificado en varias ocasiones, lo cual produjo retardo en la ejecución del cronograma.

El valor del contrato fue adicionado en \$1.142'989.582, el 19 de marzo y el 1 de junio de 2009, por concepto de obras adicionales no previstas. Aunque el plazo de ejecución inicialmente finalizaba el 30 de diciembre de 2008, también fue ampliado en tres oportunidades diferentes, estableciéndose como fecha de finalización del plazo de ejecución el 21 de julio de 2009.

En criterio del demandante, esta ampliación del plazo generó sobrecostos administrativos por mayor permanencia en obra debido a la no entrega oportuna y completa de los diseños arquitectónicos y técnicos y ameritaba que se efectuaran los ajustes correspondientes a los precios ofertados por la compañía.

El 16 de julio de 2009 se suscribió el acta de recibo final de obra por la constructora y la interventoría. Y el 1 de diciembre de 2009 se realizó la liquidación del contrato. En esta acta de liquidación, la demandante dejó la siguiente salvedad:

Construcciones CF LTDA no declara a paz y salvo a la fiduciaria como tampoco conviene en darle efectos de transacción a dicho acuerdo, en razón a que pretende reclamar en forma directa y/o judicialmente los sobrecostos, daños y perjuicios derivados de la ejecución del contrato que se liquida.

Resaltó que tanto la Fiduciaria como la interventoría reconocieron expresamente la existencia de la salvedad, pero no aceptaron los sobrecostos mencionados por considerar que no existían razones que los respaldaran.

Finalmente, indicó que el pago de los valores que se reconocieron en la liquidación del contrato, no fue efectuado dentro del término que establecía el contrato para el pago de las facturas y actas de obra, situación que, además, generó que uno de los subcontratistas iniciara proceso ejecutivo en contra de la constructora, proceso que debió ser terminado con un contrato de transacción, en el que la constructora se vio obligada a pagar \$25'000.000 por concepto de capital e intereses y \$15'000.000 correspondientes a honorarios de cobranza.

2. Actuación procesal en primera instancia.

El 2 de septiembre de 2011 el presente asunto se repartió a la Subsección B de este Tribunal, al Despacho del Magistrado Leonardo Augusto Torres Calderón. El 18 de enero de 2012 se declaró la falta de competencia por factor cuantía y se ordenó remitir el expediente a los

Juzgados Administrativos de Bogotá. El 14 de marzo de 2012 se confirmó tal decisión.

El 10 de abril de 2012 el proceso se repartió al Juzgado 31 Administrativo de Bogotá. El 22 de mayo de 2012 se admitió la demanda.

El 2 de agosto de 2012 Fiduciaria de Occidente SA y Empresa de Energía de Bogotá contestaron la demanda.

El 4 de septiembre de 2012 se abrió a etapa probatoria el proceso.

El 12 de julio de 2013 se remitió el proceso al Juzgado 19 Administrativo de Descongestión de Bogotá. El 19 de diciembre de 2014 se remitió el proceso al Juzgado 20 Administrativo de Descongestión de Bogotá. El 16 de febrero de 2015 el proceso se remitió al Juzgado 13 Administrativo de Descongestión de Bogotá. El 5 de febrero de 2016 el proceso se remitió al Juzgado 62 Administrativo de Bogotá.

El 17 de octubre de 2017 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto. Derecho que ejercieron la Fiduciaria de Occidente y la Empresa de Energía de Bogotá y la parte demandante, el 1 y 2 de noviembre de 2017, respectivamente. El Ministerio Público no emitió concepto.

3. Sentencia de primera instancia.

El 1 de diciembre de 2017, el Juzgado 62 Administrativo de Bogotá profirió sentencia en la que negó las pretensiones de la demanda, declaró no probada la objeción por error grave formulada por Fiduciaria de Occidente SA, desestimó la tacha del testigo Julio Enrique Bobadilla y no condenó en costas.

La juez de primera instancia consideró que conforme lo ha señalado la jurisprudencia, la constructora demandante consintió la mayor permanencia en la obra cuando suscribió los otrosíes 2, 3, 4, 5 y 6, en los que se pactaron las condiciones en que se continuaría ejecutando la obra. De este modo, al haberse suscrito estos negocios jurídicos, la voluntad de las partes retorna a una posición de equilibrio de las condiciones del nuevo negocio – como cuando se suscribió el contrato inicial-.

La Juez resaltó que las únicas modificaciones que se hicieron al contrato inicial fueron en su plazo de ejecución y valor.

Ahora, si bien la constructora demandante dejó una salvedad en el acta de liquidación del contrato de obra civil, lo cierto es que para ésta surtiera efectos no debió haberse hecho de manera general, sino que debió dejarse constancia expresa de los aspectos y puntos que motivaban su inconformidad. En otras palabras, la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación genérica que no identifique la razón de ser de la salvedad.

II. RECURSO DE APELACIÓN.

1. El recurso.

El 12 de enero de 2018 el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Como fundamento de su recurso señaló que la

sentencia de primera instancia rechazó las pretensiones "sin citar siquiera una sola norma legal, su fundamento jurídico se sustentó exclusivamente en pronunciamientos jurisprudenciales".

Señaló que la juez de primera instancia desconoció los artículos 4º, 5º, 13, 25, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, los cuales i) imponen a las entidades estatales el deber de adoptar las medidas que sean necesarias para mantener durante la ejecución del contrato las condiciones económicas y financieras al momento de proponer y contratar; ii) reconocen el derecho de los contratistas a recibir la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato; iii) remite a las disposiciones civiles y comerciales en aquello que no esté regulado; iv) imponen a las entidades la obligación de elaborar los estudios y diseños con anticipación al inicio del proceso de selección; v) establecen que en los contratos se debe mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones; y vi) establecer que los contratos estatales deben interpretarse, cuando sea del caso, teniendo en consideración los mandatos de la buena fe y de la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

En criterio del apelante, la Juez no podía exigir ni siquiera que se hubiera hecho salvedad alguna en la liquidación pues tal requisito no lo impone la ley.

Finalmente, señaló que la Juez desconoció en su sentencia que el contratista no debe asumir los mayores costos por permanencia de la obra derivados de las prórrogas y suspensiones derivadas del contrato de obra, en especial cuando éste cumplió a cabalidad con sus obligaciones y los incumplimientos eran ocasionados por el contratante.

El 6 de febrero de 2018 se concedió el recurso de apelación en el efecto suspensivo.

2. Actuación procesal en segunda instancia.

Recibido el expediente en esta Corporación, mediante auto del 17 de abril de 2018 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y el 20 de noviembre de 2018 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto.

El 29 de noviembre de 2018 Fiduciaria de Occidente SA alegó de conclusión. Insistió en que la fiduciaria no incurrió en incumplimiento de las obligaciones contractuales, pues durante la ejecución del contrato se cumplieron todas las condiciones pactadas entre la fiduciaria y el fideicomitente (Empresa de Energía de Bogotá SA ESP).

Recordó que fue el contratista el que adelantó actividades como la modificación de diseños o especificaciones técnicas de las obras, como consta en las actas de comités celebrados en donde claramente, se observa el retraso e incumplimiento por parte del contratista y no del contratante.

El 4 de diciembre de 2018 la parte actora presentó alegatos. Insistió en los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

El 6 de diciembre de 2018 la Empresa de Energía de Bogotá SA ESP alegó de conclusión. Solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia en atención a que

en el proceso se acreditó que los reiterados y graves incumplimientos por parte de la demandante son atribuibles a sí misma y que cualquier sobre costo o mayor permanencia tuvo su causa y génesis en conductas de la parte demandante.

Además, resaltó que, en todos los negocios jurídicos modificatorios celebrados, la constructora no dejó salvedad, constancia, manifestación o comentario alguno tendiente a señalar que la ecuación financiera del contrato se rompió o estaba en peligro, o que se estaba en presencia de circunstancias sobrevinientes e imprevistas que afectaron el cabal desarrollo del objeto del contrato.

Finalmente, señaló estar de acuerdo con la juez de primera instancia en que la salvedad que dejó el contratista en el acta de liquidación del contrato no atendió a las reglas jurisprudenciales. Fue imprecisa, vaga y genérica.

El 18 de diciembre de 2018 el Procurador rindió concepto en el sentido de confirmar la sentencia de primera instancia. Señaló que compartía la argumentación de la sentencia judicial apelada, en la medida que es cierto que de vieja data, la jurisprudencia de esta jurisdicción, al analiza la temporalidad de las reclamaciones que se efectúan por parte de los contratista ha reiterado que las mismas deben efectuarse oportunamente, esto es, desde el momento en que acaecen las circunstancias que dan lugar a la reclamación, y que si el contrato fue objeto de suspensiones, prórrogas, otrosíes, o cualquier contrato adicional o modificatorio de las condiciones iniciales, es en estas oportunidades que deben manifestarse las inconformidades, toda vez que en virtud de los principios de buena fe, lealtad contractual, deber de información y respeto por los actos propios, cualquier reclamación ulterior es improcedente.

Igualmente, indicó, la jurisprudencia administrativa ha sido insistente en la naturaleza del acta de liquidación y en que las salvedades que allí se plasmen por las partes, deben ser expresas, claras y concretas para que puedan sacarse adelante en una posterior acción judicial.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

III. PROBLEMA Y TESIS JURÍDICA

Problema jurídico.

En atención a la argumentación del recurso de apelación, la Sala resolverá el siguiente problema jurídico:

¿Debe revocarse la sentencia de primera instancia porque la Juez fallo con base en jurisprudencia sin tener en cuenta que la Ley 80 de 1993 no establece un término perentorio para realizar las reclamaciones por desequilibrio económico del contrato? Esto es, ¿aunque se hayan realizado modificaciones al contrato para restablecer el equilibrio económico del mismo, las reclamaciones por tal motivo podían hacerse hasta el momento de la liquidación del contrato?

Tesis de la Sala.

En criterio de la Sala debe confirmarse la sentencia de primera instancia porque si bien es cierto la Juez de primera instancia tuvo como fundamento de su decisión únicamente jurisprudencia y si bien también es cierto que los artículos 4º, 5º, 13, 25, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993 imponen a las entidades estatales el deber de adoptar las medidas necesarias para mantener el equilibrio económico durante la ejecución del contrato y reconocen a los contratistas el derecho a recibir la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato; también remiten a las disposiciones civiles y comerciales en aquello que no esté regulado y contemplan como principio de la contratación estatal la buena fe.

En cuanto a la remisión a las disposiciones civiles y comerciales, conviene recordar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza. Luego, si las partes al momento de suscribir suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., no formulan salvedad, reclamación u objeción alguna es porque se mostraron conformes con lo allí convenido. Si en esas oportunidades estuvieron de acuerdo con lo acordado, no pueden después venir a formular esas mismas reclamaciones en el acta de liquidación bilateral, pues si no fueron presentadas en su oportunidad ya en sede de liquidación final del contrato se estima que también son extemporáneas.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará la siguiente temática: (i) fiducia pública; (ii) contratos celebrados en desarrollo de la fiducia; (iii) alcance del desequilibrio económico del contrato estatal; (iv) elementos del desequilibrio económico del contrato; y (v) caso concreto.

IV. CONSIDERACIONES

1. Jurisdicción y competencia.

a. Disposiciones generales acerca de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo señala que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios **originados** en la actividad de las entidades públicas.

Respecto al alcance del mencionado artículo 82, el Consejo de Estado¹ señaló que la jurisdicción de lo contencioso administrativo debía conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que **interveniera** una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo.

b. Fiducia pública y los contratos celebrados en desarrollo de ésta: marco normativo.

Previo a analizar la jurisdicción y competencia en el caso en concreto, la Sala considera pertinente referirse al marco normativo que regula la fiducia pública, primero y la regulación que hay respecto a los contratos celebrados en desarrollo de la fiducia pública, segundo.

¹ Radicado: 30903, M.P Enrique Gil Botero.

Fiducia pública.

El numeral 5° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 contempla la fiducia pública como un contrato estatal y establece que al mismo le son aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

Pro su parte, el artículo 1226 del Código de Comercio establece que la fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fideicomitente, transfiere uno o más bienes a otra, llamada fiduciaria, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

A su vez, el artículo 1227 ibidem señala que los bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía general de los acreedores de la fiduciaria, sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida con el contrato de fiducia. Conforme al artículo 1223 ibid., los bienes fideicomitados deben mantenerse separados del resto del activo de la fiduciaria y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios. Con los bienes fideicomitados debe formarse un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acta constitutivo.

Contratos celebrados en desarrollo de la fiducia pública.

Ahora, en cuanto a los contratos celebrados en desarrollo de la fiducia pública, el numeral 5° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala que, en ningún caso las entidades públicas fideicomitentes pueden delegar a las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo de la fiducia pública.

También, esta misma disposición normativa indica que, los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia deben cumplir estrictamente con las normas previstas en el estatuto de contratación estatal, así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

Así las cosas, queda claro que los contratos que se celebren en desarrollo de una fiducia pública también son considerados contratos estatales y también deben regirse por el estatuto de la contratación estatal, pues, aunque quien los celebra directamente no es una entidad pública sino una fiduciaria, la fiduciaria lo hace por instrucción de la entidad pública, en su calidad de fideicomitente.

c. Jurisdicción y competencia en el caso en concreto.

El presente litigio versa sobre un contrato de obra suscrito entre Construcciones CF SAS y Fiduciaria de Occidente SA, como vocera y representante del patrimonio autónomo que la entidad pública Empresa de Energía de Bogotá² constituyó.

² Conforme al artículo 2° de los Estatutos, la Empresa de Energía de Bogotá S.A ESP es una empresa de servicios públicos, constituida como sociedad anónima por acciones, conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1994. La Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP es una sociedad constituida con aportes estatales y de capital privado, de carácter u orden distrital, en la cual los entes del Estado poseen por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) de su capital social, de conformidad con el acuerdo 001 de 1996 del Concejo de Bogotá, que autorizó su

De acuerdo con lo anterior, es claro que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la competente para conocer del asunto por tratarse de una controversia contractual en un contrato estatal, en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

2. Caducidad de la acción.

En el presente asunto no hay caducidad de la acción porque, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 CCA, el término para presentar demanda de controversias contractuales es de dos (2) años contados a partir de la fecha en la que se haya suscrito el acta de liquidación bilateral, que en el presente asunto ocurrió el 1 de diciembre de 2009; por lo que la demanda del 2 de septiembre de 2011 fue presentada de manera oportuna.

3. Legitimación en la causa.

3.1. Legitimación en la causa por activa.

La constructora Construcciones CF SAS se encuentra legitimada en la causa por activa, en atención a que fue la que suscribió el contrato de obra civil No. 005 de 1 de julio de 2008, objeto del litigio y a propósito de cuya ejecución se alega un desequilibrio económico.

3.2. Legitimación en la causa por pasiva.

3.2.1. Consideraciones generales acerca de la capacidad de las sociedades fiduciarias para constituirse en parte procesal.

El Consejo de Estado³, en diferentes oportunidades ha puesto de presente la regla jurídica que logró decantar el sector fiduciario en Colombia en torno a la capacidad de las entidades fiduciarias para ejercer los derechos y acciones del patrimonio autónomo, inicialmente desarrollada con apoyo en la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia⁴ sobre las normas del contrato de fiducia mercantil contenidas en el Código de Comercio y que luego fue objeto de consagración normativa expresa, mediante la figura jurídica de la personería reconocida a la entidad fiduciaria cuando obra como vocera del patrimonio autónomo, de acuerdo con el Decreto 1049 de 2006, finalmente incorporado en el Decreto 2555 de 2010⁵:

TÍTULO 2 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS ACTOS Y CONTRATOS
 CELEBRADOS Y EJECUTADOS POR EL FIDUCIARIO (...).

Artículo 2.5.2.1.1 Derechos y deberes del fiduciario.

Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los

organización como sociedad por acciones en desarrollo de las disposiciones del artículo 17 de la Ley 142 de 1994 y del artículo 104 del Decreto ley 1421 de 1993.

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO. Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-26-000-2006-01388-02(47309)

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno, sentencia de 3 de agosto de 2005, referencia: expediente No. 1909, recurso extraordinario de casación en el proceso ordinario seguido por la sociedad Hisslap Limitada contra la Fiduciaria B.N.C. S.A. (antes Fiduciaria Caldas S. A.).

⁵ "Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones".

actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.

El fiduciario, **como vocero y administrador del patrimonio autónomo**, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, **el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo.**

En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el Fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

Parágrafo. El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales. (La negrilla no es del texto).

De acuerdo con la anterior disposición normativa, se establece que la entidad fiduciaria puede acudir al proceso judicial obrando en calidad de demandante o demandada, como vocera del patrimonio autónomo, esto es, por cuenta del conjunto de bienes afecto al fin del contrato fiduciario, al cual la ley reconoce una identidad jurídica independiente.

En este orden de ideas, se advierte que, en el supuesto de comparecer al proceso judicial como vocera de un patrimonio autónomo, la entidad fiduciaria tiene que acreditar el contrato de fiducia que da lugar a la existencia de dicho patrimonio⁶. Se agrega que, teniendo en cuenta el carácter real propio de la constitución del patrimonio autónomo⁷, la fiduciaria debe probar el registro correspondiente al bien o derecho que invoca, si es de aquellos cuya transferencia está sometida a registro⁸.

3.2.2. Legitimación en la causa por pasiva en el caso concreto.

De acuerdo con lo anterior, la Sala encuentra que, por un lado, Fiduciaria Occidente SA, en calidad de vocera del patrimonio autónomo constituido por la Empresa de Energía de Bogotá

⁶ "Artículo 1226 C.Co.- La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios".

⁷ "Por definición expresa de la citada norma [artículo 1226 C.Co.] el negocio fiduciario en comento supone una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con ellos se cumpla una finalidad. **Ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina patrimonio autónomo.** Dichos bienes salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente (titular del dominio) y están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo. (artículos 1226 a 1244 del C. Co)" Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 2013010362-001 del 18 de marzo de 2013.

⁸ "Artículo 1228 C.Co. Constitución De La Fiducia. La fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. La constituida Mortis causa, deberá serlo por testamento".

Decreto 2555 de 2010 (Único del Sector Financiero). "Artículo 2.5.1.1.1 (Artículo 1º. del Decreto 847 de 1993). Solemnidad. Los contratos de la fiducia mercantil que celebren las sociedades fiduciarias no requerirán de la solemnidad de la escritura pública cuando los bienes fideicomitados sean exclusivamente bienes muebles. De conformidad con el artículo 16 de la Ley 35 de 1993, si la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados se halla sujeta a registro, el documento privado en que conste el contrato deberá registrarse en los términos y condiciones señalados en el precepto citado".

En los contratos de fiducia mercantil con fines de garantía, la legislación exigió un registro en la Cámara de Comercio, con fines de oponibilidad. (Decreto 1074 de 2015 - Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo - artículo 2.2.2.10.1.1. En el mismo sentido se exigió el registro en el régimen de insolvencia de acuerdo con el artículo 123 de la 1116 de 2006 y artículo 41 de la Ley 1429 de 2010).

SA, se encuentra legitimada en la causa por pasiva, en atención a que fue la que celebró el contrato de obra civil del que ahora se genera litigio.

Por otro lado, también está legitimada en la causa por pasiva la Empresa de Energía de Bogotá, en tanto fue la fideicomitente en la fiducia pública que dio origen al contrato objeto de litigio y en la medida en que era la obligada a entregar los planos y demás documentos técnicos que la constructora demandante requería para ejecutar el mencionado contrato.

4. Argumentación Jurídica.

4.1.- Alcance del desequilibrio económico del contrato estatal.

El contrato estatal es un instrumento jurídico bilateral esencial a través del cual el Estado puede cumplir los fines públicos establecidos en la Constitución y la ley, por ello acude a los particulares para que colaboren con él en dichos propósitos, sin que esto signifique que pueda someter a los contratistas a situaciones donde sus derechos e intereses individuales de todo orden, puedan verse disminuidos o discriminados con la excusa del interés general o el bien común.

En este sentido, al contrato estatal lo rige los principios de buena fe y autonomía de la voluntad, igualdad, bilateralidad y onerosidad, entre otros. Por tanto, el Estado no podría utilizar sus potestades para romper en equilibrio de las cargas públicas frente al contratista, ni llevarlo a perder o a la quiebra económica o a sufrir perjuicios antijurídicos. De ninguna manera sería aceptable, desde la perspectiva constitucional ni legal, dicha situación. Por esta razón, existen figuras como el equilibrio económico del contrato estatal, donde el contratista tiene la oportunidad o la garantía de lograr sus expectativas económicas y restablecer, en vía administrativa, en esta materia los derechos derivados del contrato estatal.

Asimismo, tal y como lo ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado⁹, mediante el contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general, por lo que la ejecución del objeto contractual resulta ser un asunto esencial y es por esto que la ley ha previsto diversos mecanismos que permiten resolver factores o contingencias que puedan conducir a su paralización o inejecución. Uno de tales mecanismos hace referencia a aquel que permite que puedan reajustarse los precios pactados inicialmente, de manera que, manteniéndose su valor real en el decurso del plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se lleve a feliz término la ejecución del contrato.

La figura del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, encuentra sustento en la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C, cinco (5) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 850012333000201200202 01 (51018)

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

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

Para tales efectos, dispone la norma que las partes deben suscribir los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar.

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

4.2.- Elementos del desequilibrio económico del contrato.

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

Al respecto el Consejo de Estado¹⁰ señaló que "sí lo que ocurre en un determinado asunto es que una de las partes está inconforme con los índices de la fórmula de reajustes inicialmente convenida y nunca alegó dicha circunstancia al suscribir los contratos adicionales y posteriormente en sede contencioso administrativa pretende que se le indemnicen unos perjuicios derivados de la ruptura del equilibrio económico del contrato supuestamente ocasionada por esa circunstancia con la que siempre se mostró de acuerdo, vulnerando con ello lo acordado, ese comportamiento es totalmente contrario al deber de buena fe que deben observar las partes contratantes en sus relaciones contractuales".

4.2.2.- El principio del equilibrio económico del contrato.

Como se dijo antes, el principio del equilibrio económico del contrato está previsto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, basado en el principio de buena fe e igualdad o equivalencia de los derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o contratar, de forma tal que, si esa igualdad se rompe por causas no imputables al contratista, deberá restablecerse.¹¹

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

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

¹¹ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, "El Concepto del contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca, Coordinador, Título Libro: Temas Relevantes sobre los Contratos, Servicios y bienes públicos, Ed. Jurídica Venezolana, VI Congreso de Derecho Administrativo. Margarita 2014, Caracas 201, Págs. 301-440.

ARTÍCULO 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: (...)

3o. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato. (...)

8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

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

ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:

1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia, tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

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

Sobre el particular, el Consejo de Estado analizó¹²:

Luego, si lo que ocurre en un determinado caso es que con ocasión de la celebración de un contrato una de las partes contratantes solicita el restablecimiento de la ecuación económica que a su juicio se ha visto rota

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de enero de 2015, Expediente. 26.409.

porque los índices utilizados en la fórmula de ajustes convenida no reflejó las verdaderas variaciones de los precios, en esta hipótesis no sólo se debe acreditar que dicha fórmula efectivamente generó pérdidas considerables, **sino también que esa circunstancia era imprevisible e irresistible al momento de proponer o contratar y haberla alegado dentro de la oportunidad prevista para ello.**

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

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

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

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

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

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

Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por

incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.

Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como ya se dijo y ahora se reitera, la buena fe contractual, que es la objetiva, "consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia¹³.

En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.¹⁴

Así, si las partes al momento de suscribir suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., no formulan salvedad, reclamación u objeción alguna es porque se mostraron conformes con lo allí convenido; siempre que la causa o motivo del desequilibrio corresponda a tales circunstancias. Si en esas oportunidades estuvieron de acuerdo con lo acordado, no pueden después venir a formular esas mismas reclamaciones en el acta de liquidación bilateral, pues si no fueron presentadas en su oportunidad ya en sede de liquidación final del contrato se estima que también son extemporáneas.

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

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

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

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 16 de octubre de 2014, Expediente 24.809

llevar a cabo la liquidación bilateral, o aquellas que se generen al momento de la liquidación bilateral.

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

En todos estos eventos que pueden dar lugar a una alteración del equilibrio económico del contrato es indispensable, para que se abra paso el restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que éste es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

Sobre este particular el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente¹⁵:

(...) cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Bien ha sostenido esta Corporación que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar, existiendo, como atrás se señaló, siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él¹⁶ o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos.

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

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

Así lo señaló el Consejo de Estado¹⁷, cuando reiteró que:

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

La Sala estima oportuno precisar que la prueba de tal desequilibrio no puede ser meramente retórica. El desequilibrio financiero del contrato es un asunto técnico

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2011, Expediente 18080.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C. Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia de marzo 18 de 2015. Rad.: 730012331000200402147 01 (33223).

y por ende su prueba debe ser rigurosa, objetiva y debidamente soportada; no bastan simples planteamientos doctrinales o jurisprudenciales; se hace necesario prueba idónea, adecuada y pertinente que evidencie en concreto, la magnitud del desajuste económico del negocio y su impacto en la conmutatividad.

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

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

Resulta en consecuencia menester, que la prueba aportada permita materializar no solo el hecho causante o generador del desequilibrio del negocio, sino también configurar, entre otras cosas, sus efectos graves y dañinos, por ejemplo, en relación con el valor intrínseco del contrato, la pérdida económica sufrida, los efectos económicos y financieros de todo orden y magnitud que devengan de la ruptura de la igualdad o equivalencia surgidos al momento de proponer o contratar etc.

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

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

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

prevista en el mismo, conforme a lo pretendido por la parte actora y recurrente en apelación.

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

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

V. CASO CONCRETO.

1.- Medios de prueba relevantes.

Los siguientes son los elementos probatorios que se recaudaron en el presente proceso, cuya valoración resulta relevante para resolver los problemas jurídicos planteados en esta instancia:

- 1.1** Convenio 046, celebrado entre la Empresa de Energía de Bogotá SA ESP y el Fondo de Educación y Seguridad Vial – Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá el 7 de noviembre de 2006 (fl. 20 – 23, c. 2):

PRIMERA. OBJETO. La Empresa promete vender a la Secretaría quien a su vez promete comprar, el inmueble el cual se individualiza así (...)

QUINTA. PRECIO. El precio del inmueble es de cinco millones de pesos (\$5.000.000), suma que la Secretaría pagará a la Empresa a la firma de la correspondiente escritura de compraventa.

(...) **NOVENA. DISEÑOS, OBRAS, ADECUACIONES Y AMOBLAMIENTO.** La Empresa se obliga para con la Secretaría a realizar, por sí o por medio de sus contratistas, el prediseño, diseño, reforzamiento estructural, adecuación y amoblamiento del inmueble, de acuerdo con los requerimientos que señale la Secretaría. El plazo para la realización de estas actividades será de siete (7) meses contados a partir de la fecha de firma del presente convenio. Sin embargo, este plazo se ajustará de acuerdo con lo que las partes definan en el programa de obra.

DECIMA. GASTOS REEMBOLSABLES. Los gastos en que incurra la Empresa para la ejecución de las actividades descritas en las cláusulas novena y décima segunda de este escrito serán reembolsados a la Empresa por parte de la Secretaría, previa presentación de la cuenta de cobro correspondiente por parte de la Empresa debidamente soportada, dentro de los 30 días siguientes a su radicación.

Las partes suscribirán un otrosí al presente convenio, en el cual estimarán los gastos de que trata la presente cláusula, previa obtención por parte de la Secretaría del correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal que ampara el valor de los mismos.

(...) **DÉCIMA SEGUNDA. INTERVENTOR.** El interventor de las actividades y obras descritas en la cláusula novena de este convenio será designado de común acuerdo por las partes y sus costos serán reembolsados por la Secretaría a la Empresa. El interventor ejercerá sus funciones de acuerdo con el manual de interventoría de la empresa.

- 1.2** Modificación No. 1 al convenio 046 de 2006, por medio de la cual se adicionó el plazo del mismo en un año, para un total de un año y siete meses (fl. 24 – 25, c. 2).
- 1.3** Modificación No. 2 al convenio 046 de 2006, realizada el 29 de noviembre de 2007 (fl. 26 – 29, c. 2):

CLÁUSULA PRIMERA. - Modificar la cláusula décima del convenio de promesa de compraventa, remodelación y adecuación de un inmueble, celebrado con la Empresa de Energía de Bogotá SA ESP, la cual quedará así: "CLÁUSULA DÉCIMA. PAGOS DE GASTOS DE DISEÑO, OBRAS, ADECUACIONES, AMOBLAMIENTO E INTERVENTORÍA. - Serán de cargo de la Secretaría, los gastos en las labores de prediseño, diseño, reforzamiento estructural, adecuación y amoblamiento del inmueble objeto del contrato, los cuales serán entregados a la Empresa, a través de un contrato de fiducia mercantil de administración y pagos, suscritos por la Empresa de Energía de Bogotá SA ESP, en calidad de fideicomitente. PARÁGRAFO PRIMERO. - El patrimonio autónomo suscrito por la Empresa deberá ser constituida en una sociedad fiduciaria legalmente constituida en Colombia, para atender con cargo a los recursos que lo conformen de manera exclusiva, los gastos correspondientes a prediseño, diseño, reforzamiento estructural, adecuación, amoblamiento e interventoría a realizar por parte de la Empresa por sí o a través de sus contratistas, sobre el inmueble. PARÁGRAFO SEGUNDO. - El procedimiento de operación del referido patrimonio autónomo estará contenido tanto en el contrato de fiducia mercantil como en el reglamento bajo el cual funcionará el respectivo comité fiduciario, el cual estará conformado por los miembros del comité de seguimiento de que trata la cláusula décima cuarta del contrato No. 046 de 2006.

CLÁUSULA SEGUNDA.- RECURSOS FIDEICOMITIDOS: La Secretaría se compromete a desembolsar, con destino al patrimonio autónomo constituido por la Empresa de conformidad con la cláusula anterior, los recursos destinados al pago de gastos correspondientes a prediseño, diseño, reforzamiento estructural, adecuación, amoblamiento e interventoría, según lo pactado con la Empresa en el contrato 046

de 2006, dentro de los 5 días siguientes a la suscripción del contrato de fiducia mercantil por parte de la Empresa.

(...) CLÁUSULA CUARTA. - FORMA DE PAGO: El valor correspondiente a las labores de prediseño, diseño, reforzamiento estructural, adecuación, amoblamiento e interventoría del inmueble, se cancelarán a la Empresa en un solo pago, dentro de los cinco (5) días siguientes a la constitución del encargo fiduciario por parte de la Empresa, previa presentación de la factura correspondiente. **PARÁGRAFO PRIMERO.** - El valor de las actividades de prediseño, diseño, reforzamiento estructural, adecuación, amoblamiento e interventoría del inmueble, tienen como tope los recursos presupuestales amparados con el CDP mencionado en la cláusula tercera del presente documento. **PARÁGRAFO SEGUNDO.** - De ser el caso, finalizada la ejecución contractual, la Empresa reembolsará a la Secretaría junto con sus rendimientos, el monto de los saldos de las sumas efectivamente utilizadas, una vez verificados y avalados todos los soportes por parte de los miembros del Comité Fiduciario y de Seguimiento del contrato.

- 1.4** Modificación No. 3 al convenio 046 de 2006, realizada el 6 de junio de 2008, por medio del cual se prorrogó el plazo de ejecución hasta el 9 de junio de 2009 (fl. 30 – 31, c. 2).
- 1.5** Modificación No. 4 al convenio 046 de 2006, realizada el 26 de mayo de 2009 (fl. 39 – 43, c. 2):

CLÁUSULA PRIMERA: Adicionar el valor del convenio No. 046 de 2006, en la suma de TRESCIENTOS DIEZ MILLONES DE PESOS (\$310'000.000) amparados con el CDP 378 de 2009 (...) **CLÁUSULA SEGUNDA:** Ampliar el plazo del convenio 046 de 2006 hasta el 31 de agosto de 2009. En todo caso, la obra civil deberá concluir en su totalidad a más tardar el día 21 de julio de 2009, en la que será entregada a la Secretaría.

- 1.6** Contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración, contratación y pagos No. 3-4-1965 celebrado entre Fiduciaria de Occidente SA y la Empresa de Energía de Bogotá SA ESP el 28 de diciembre de 2007 (fl. 49 – 67, c. 2):

(...) 4.1. OBJETO Y FINALIDAD DEL CONTRATO: El presente contrato tiene por objeto la constitución de un patrimonio autónomo con los bienes que transfiera la Secretaría Distrital de Movilidad descritos en el numeral 5.1 del capítulo V del presente contrato, para que LA FIDUCIARIA, como vocera y administradora del patrimonio autónomo, los maneje, custodie y administre, invirtiendo los recursos dinerarios en la forma que se señala más adelante, quedando facultada LA FIDUCIARIA, para: (i) Efectuar los pagos que instruya EL FIDEICOMITENTE hasta concurrencia de los recursos fideicomitados a los contratistas según las condiciones establecidas en el presente contrato para llevar a cabo el prediseño, diseño, reforzamiento estructural, adecuación, amoblamiento e interventoría del edificio de la calle 13 No. 37-35 de Bogotá, todo en los términos y condiciones que instruya EL FIDEICOMITENTE y ii) elaborar y celebrar los contratos de obra y prestación de servicios y ordenes de compra como mandataria con representación de EL

FIDEICOMITENTE y que éste le instruya, en los términos previstos en el presente contrato y en el convenio.

(...) 6.1. PROCEDIMIENTO DE PAGOS Y/O GIROS: EL FIDEICOMITENTE comunicará LA FIDUCIARIA por escrito dirigido a ésta, los giros y/o pagos que deba efectuar con cargo a los recursos administrados. (...)

(...) 6.4. ELABORACIÓN Y SUSCRIPCIÓN DE CONTRATOS: Para la elaboración y suscripción de los contratos de obra, prestación de servicios o de las órdenes de compra de servicios que se requieran para el desarrollo de EL CONVENIO, EL FIDEICOMITENTE instituirá a LA FIDUCIARIA por escrito, los datos necesarios para elaborar y suscribir cada contrato y orden de compra, remitiendo los anexos requeridos que a juicio de EL FIDEICOMITENTE sean necesarios para elaborar el(los) respectivos(s) contrato(s) u órdenes de compra. Es entendido que como información mínima, la solicitud de contratación debe contener lo siguiente: (...)

(...) 7.1. OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA: Además de las obligaciones establecidas en la ley, LA FIDUCIARIA se obliga a:

(...) 7.1.3. Elaborar y suscribir como mandataria de EL FIDEICOMITENTE los contratos que le instruya este último, de conformidad con lo establecido en el numeral 6.4 del capítulo VI del presente contrato.

(...) 7.1.6. Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes entregados en fiducia, contra actos de terceros y aun de EL FIDEICOMITENTE. Su ejercicio está supeditado a la información que le suministre EL FIDEICOMITENTE, quien es por lo tanto responsable de los perjuicios que se causen por tales omisiones.

(...) BENEFICIARIO DEL FIDEICOMISO: Será BENEFICIARIO del fideicomiso, la Secretaría de Movilidad de Bogotá.

- 1.7** Contrato de obra civil celebrado entre Fiduciaria de Occidente, en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo Fideicomiso 3-4-1965 y Construcciones CF LTDA, el 1 de julio de 2008 (fl. 98 -116, c. 2):

CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO. EL CONTRATISTA, asumiendo todos los riesgos, con sus propios medios y con plena libertad y autonomía técnica y directiva, se obliga para con EL CONTRATANTE a llevar a cabo las obras de reforzamiento estructural, adecuación, remodelación y amoblamiento del edificio de la calle 13 No. 37 – 35, de acuerdo con los planos y especificaciones entregados para la elaboración de la oferta y la oferta definitiva de fecha 22 de abril de 2008 presentada por EL CONTRATISTA, documentos todos estos que hacen parte integral de este contrato.

(...) **PARÁGRAFO TERCERO:** Las obras se realizarán ajustándose estrictamente a los planos que se adjuntan y que hacen parte integral de este contrato, así como las especificaciones técnicas, la oferta presentada por EL CONTRATISTA el 22 de abril de 2008, el manual de interventoría del FIDEICOMITENTE, así como los planos y especificaciones entregadas por la firma PCS, quien realizó el estudio de vulnerabilidad sísmica del edificio ubicado en la calle 13 No. 37 – 35.

CLÁUSULA TERCERA: VALOR Y FORMA DE PAGO.

3.1. VALOR: El valor del presente contrato se estima en la suma de SIETE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTINUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS (\$7.747'829.880) IVA incluido sobre utilidad, el cual comprende además todos los impuestos a que haya lugar, incluidos el IVA, el AIU, y todos los gastos en que debe incurrir EL CONTRATISTA. No obstante, las obras se ejecutarán bajo el sistema de precios unitarios sin formula de reajuste, de tal manera que el valor de las cantidades establecido en el listado de precios elaborado por EL CONTRATISTA es aproximado, razón por la cual el valor final del presente contrato será el debidamente aprobado por el interventor que resulte de multiplicar las cantidades realmente ejecutadas por los valores unitarios establecidos, conforme a la propuesta presentada por EL CONTRATISTA. (...)

CLÁUSULA CUARTA: PLAZO DE EJECUCIÓN. El plazo máximo para terminar y entregar las obras será de 145 días que se contarán a partir del acta de inicio suscrita entre EL INTERVENTOR y EL CONTRATISTA. (...)

CLÁUSULA SÉPTIMA: INTERVENTORÍA. La interventoría del presente contrato será ejercida por la firma GUTIÉRREZ DÍAZ Y CÍA S EN C o por la persona que designe EL CONTRATANTE, según las instrucciones que para tal efecto le imparta EL CONTRATANTE. (...)

- 1.8** Acta de inicio del contrato de obra civil No. 05 de 2008 suscrita por la constructora y la interventoría el 8 de agosto de 2008 (fl. 117, c. 2).
- 1.9** Oficio del 16 de julio de 2008 en el que la constructora solicita a la interventoría la entrega del paquete completo de detalles planos (fl. 149, c. 2)
- 1.10** Otrosí No. 1 al contrato de obra civil No. 05 de 2008, suscrita el 30 de julio de 2008, en la que únicamente se eliminó la obligación a cargo del contratista de tramitar y obtener todos los permisos y licencias legalmente necesarios para el desarrollo de las obras (fl. 118 – 123, c. 2).
- 1.11** Oficio del 2 de septiembre de 2008, mediante el cual la constructora solicita a la interventoría lo siguiente (fl. 150 – 151, c. 2):

Aprobación de los APU presentados mediante oficio No. CF-CM-009-2008 con fecha julio 02 de 2008.

Informe del estado actual en el que se encuentran los trámites necesarios para efectuar la conexión de la provisional de energía.

Entrega formal de las zonas ocupadas (archivo principal, aulas de capacitación y oficinas ocupadas por el contratista de reforzamiento), ya que en ellas se podrían adelantar actividades de demolición.

Verificación de los planos y especificaciones iniciales, que acompañaron el proceso de licitación, para efectuar la evaluación de los cambios que presentaran los nuevos diseños.

Entrega formal del proyecto arquitectónico completo y definitivo, de acuerdo al compromiso adquirido por la arquitecta encargada de adelantar estos diseños, en el comité efectuado el día 21 de agosto de 2008.

Entrega formal de las recomendaciones efectuadas por el asesor estructural, referentes a el reforzamiento de las lucarnas del antiguo auditorio y las prolongaciones de las placas de entrepiso.

Copia de las actas de los comités de seguimiento celebrados hasta la fecha.

- 1.12** Oficio del 3 y 4 de septiembre de 2008, en el que la interventoría da respuesta a la constructora (fl. 153 – 161, c. 2).
- 1.13** Oficio del 10 de septiembre de 2008, en el que la constructora solicita autorización a la interventoría para reprogramar algunas actividades (fl. 166 – 168, c. 2).
- 1.14** Oficio del 13 de septiembre de 2008, en el que la interventoría deja constancia de la revisión de la programación obra (fl. 169 - 172, c. 2).
- 1.15** Oficio del 17 de septiembre de 2008, en el que la constructora hace algunas aclaraciones respecto a la revisión de la constructora (fl. 173 – 177, c. 2).
- 1.16** Oficio del 19 de septiembre de 2008, en el que la interventoría informa a la constructora del balance presupuestal realizado (fl. 178, c. 2).
- 1.17** Oficio del 11 de noviembre de 2008, en el que la constructora realiza a la interventoría aclaraciones acerca del comité de obra No. 10 (fl. 179 – 180, c. 2).
- 1.18** Oficio del 1 de diciembre de 2008 en el que la constructora solicita a la interventoría la modificación del plazo contractual (fl. 181 – 182, c. 2)
- 1.19** Oficios del 10 y 11 de diciembre de 2008 en el que la constructora realiza a la interventoría precisiones acerca de la aclaración de diseños de seguridad y control (fl. 184 – 186, c. 2).
- 1.20** Otrosí No. 2 al contrato de obra civil No. 05 de 2008, suscrita el 23 de diciembre de 2008, en la que únicamente se amplió el plazo de ejecución del contrato hasta el 31 de marzo de 2009 (fl. 124 – 126, c. 2).
- 1.21** Oficio del 30 de diciembre de 2008 en el que la constructora le informa a la interventoría que hay algunos muebles contemplados en la última versión de los planos de mobiliarios que no fueron contemplados en el contrato inicialmente (fl. 187 – 188, c. 2).

- 1.22** Oficio del 30 de diciembre de 2008 en el que la constructora le manifiesta preocupación a la interventoría por los atrasos que se han generado por la falta de definición en detalles que son de importancia para el desarrollo de la obra (fl. 191 – 193, c. 2).
- 1.23** Oficio del 17 de marzo de 2009 en el que la constructora solicita a la interventoría ampliación del plazo de ejecución del contrato por la falta de entrega oportuna de los diseños y detalles constructivos por parte de los diseñadores (fl. 209 – 210, c. 2)
- 1.24** Otrosí No. 3 al contrato de obra civil No. 05 de 2008, suscrita el 19 de marzo de 2009, en la que únicamente se adicionó el valor del contrato en NOVECIENTOS SEIS MILLONES CIENTO SETENTA MIL CIENTO VEINTE PESOS (\$906'170.120) (fl. 127 – 129, c. 2).
- 1.25** Otrosí No. 4 al contrato de obra civil No. 05 de 2008, suscrita el 31 de marzo de 2009, en la que únicamente se amplió el plazo de ejecución del contrato hasta el 30 de abril de 2009 (fl. 130 – 132, c. 2).
- 1.26** Otrosí No. 5 al contrato de obra civil No. 05 de 2008, suscrita el 30 de abril de 2009, en la que únicamente se amplió el plazo de ejecución del contrato hasta el 21 de julio de 2009 (fl. 133 – 135, c. 2).
- 1.27** Otrosí No. 6 al contrato de obra civil No. 05 de 2008, suscrita el 1 de junio de 2009, en la que únicamente se adicionó el valor del contrato en DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS ONCE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$236'811.462) (fl. 136 – 139, c. 2).
- 1.28** Acta de liquidación del contrato de obra civil No. 05 de 2008 suscrita el 1 de diciembre de 2009 por Fiduciaria de Occidente SA, la constructora y la interventoría (fl. 140 – 144, c. 2):

CLÁUSULA PRIMERA. - Terminar y liquidar de mutuo acuerdo el contrato de obra civil No. 05 de 2008, con base en lo siguiente:

ESTADO FINANCIERO DEL CONTRATO:

VALOR INICIAL DEL CONTRATO	\$7.747.829.880
VALOR ADICIONADO DEL CONTRATO	\$1.142.989.582
MAYOR VALOR DE OBRA EJECUTADA POR EL CONTRATISTA	\$7.748.891
VALOR TOTAL DEL CONTRATO	\$8.898.560.353
SALDO POR AMORTIZAR POR CONCEPTO DE ANTICIPO	\$5.717
SALDO PENDIENTE POR PAGAR AL CONTRATISTA EL CUAL SERÁ CANCELADO AL MOMENTO DE LA SUSCRIPCIÓN DE LA PRESENTE ACTA DE LIQUIDACIÓN	\$992.212.878,16
SALDO A FAVOR DEL FIDEICOMISO	\$0

CLÁUSULA SEGUNDA: SALVAGUARDA Y PAZ Y SALVO. Una vez suscrita el acta y pagado el valor pendiente por cancelar a EL CONTRATISTA, LAS PARTES declaran encontrarse a paz y salvo por todo concepto emanado de EL CONTRATO.

CLÁUSULA TERCERA: La Fiduciaria de Occidente SA y la interventoría Gutiérrez Díaz y CIA S en C, dejan expresa constancia que al Contratista Construcciones CF LTDA se le cancelaron la totalidad de los valores pactados en desarrollo del contrato de obra civil 005 de 2008, y que los sobrecostos que se mencionan en la nota fuera del texto del acta de liquidación incorporada junto a la firma del contratista, no son reconocidos o aceptados por estos toda vez que no existen razones que lo respalden.

CLÁUSULA CUARTA: TRANSACCIÓN. Las partes intervinientes renuncian a efectuar reclamación alguna con cargo al contrato celebrado. El presente acto constituye transacción sobre los derechos y obligaciones derivados del mismo, por lo tanto, hace tránsito a cosa juzgada en virtud de lo dispuesto en los artículos 2469 y 2483 del Código Civil. En consecuencia, EL CONTRATISTA renuncia a cualquier tipo de reclamación, petición o demanda fundamentada en EL CONTRATO.

SALVEDAD: Construcciones CF LTDA no declara a paz y salvo a la fiduciaria como tampoco conviene en darle efectos de transacción a dicho acuerdo, en razón a que pretende reclamar en forma directa y/o judicialmente los sobrecostos, daños y perjuicios derivados de la ejecución del contrato que se liquida.

- 1.29** Demanda ejecutiva de Solinoff Corp SA contra Construcciones CF LTDA por diversas facturas. No hay constancia de proceso ejecutivo o de radicación de demanda en juzgado alguno (fl. 217 – 225, c. 2).
- 1.30** Contrato de transacción celebrado entre Solinoff Corp SA y Construcciones CF LTDA respecto a la deuda que se mencionaba en la demanda ejecutiva. El contrato sólo está suscrito por el deudor con fecha de 25 de agosto de 2010 (fl. 226 – 228, c. 2).
- 1.31** Interrogatorio de parte realizado a Pedro Javier Cano Consuegra, representante legal de la demandante, en el que confirma que en ninguno de los otrosíes hechos al contrato se dejó salvedad alguna (fl. 89 – 91, c. 1).
- 1.32** Dictamen pericial realizado por el perito Juan Guillermo Álvarez Mejía con base en las actas de comité de obra y los informes de interventoría obrantes a folios 24 a 565 y 566 a 824 del cuaderno 3 (fl. 108 – 144, c. 1):

(...) **2. Causas precisas y específicas de cada uno de los atrasos presentados.**

Fecha	Causas específicas del atraso, basándose en informes de interventoría
28/08/2008	Entidad contratante: proyecto sin diseños definitivos en su totalidad.
11/09/2008	Entidad contratante: proyecto sin diseños definitivos en instalaciones eléctricas, hidráulicas y sanitarias. Instalaciones de voz y datos. Estructuras.

18/09/2008	Entidad contratante: proyecto sin diseños definitivos en instalaciones eléctricas, hidráulicas y sanitarias. Instalaciones de voz y datos.
25/09/2008	Entidad contratante: proyecto sin diseños definitivos en instalaciones eléctricas, hidráulicas y sanitarias. Instalaciones de voz y datos.
16/10/2008	<p>Entidad contratante: existe un retraso acumulado por la entrega de los diseños definitivos de la obra.</p> <p>Contratista obras pendientes: Demora en fundida de losas para lucernas en área de futuro patio de cafetería. Atraso en inicio de muro de antepecho costado norte palomera norte. Atraso en armada de arañas sanitarias y tendido de tubería de presión y de incendio piso 2°. Abuzardada de muro baños Piso 3°. Abuzardada de columnas redondas ejes 1 – 3, 5 y 6.</p>
20/11/2008	<p>Entidad contratante: Existe un retraso acumulado por la entrega de los diseños definitivos de la obra.</p> <p>Contratista obras pendientes: Mezanine: completar fundida de dovelas de muros baños. Recuperar vigueta de borde del descanso de la escalera principal. Abujardado de columnas. Piso 3: Falta terminar de fundir dovelas faltantes de los muros de baños. Rematar instalaciones hidráulicas de baños. Falta completar instalación sanitaria de baños. Arreglo de columnas P/6, Q/6, R/6 y S/6. Terminar abuzardada O/1-O/3-O/5 y O/6. Eliminar pañete y abujardarlas posteriormente columnas P-6, q/6, r/6 Y s/6. Fijar con abrazaderas las bajantes de hall cambiadas Q/4 y P/4. Terminar demolición de mampostería en esquina nor-occidental eje 1/O. Rematar retiro pañete muro 1/O-P. Ejecutar red sanitaria baño 5-6/V-W. Completar retiro de pañete de vigas en fachadas. Aseo terrazas costado norte fachada principal. Piso 2: Rematar retiro de escombros. Abuzardado de columnas y pantallas. Iniciar morteros en palomeras Norte y Sur. Agilizar pintura cerchas palomera del norte. Terminar demolición bordillo eje 2/Q-T y ejecutar bordillo en mampostería patio lucarnas. Ejecutar pases para bajantes de ALL en patio, cafetería y elaborar pendienteados. Fundir vigueta de borde en descanso de escalera para ejecutar antepecho. Pañetar muros exteriores del ascensor. Completar pañetes muros baños. Piso 1: Resane y pintura 3 manos de techo área archivo ejes 1-5/U-W. Iniciar construcción muros de baños área control de archivo y de corredores. Rematar retiro de escombros de zona de parqueadero. Retirar segunda capa pañete muro eje 1/u-W. Detallar muro costado</p>

	norte archivo. Aseo corredor supercade y escaleras de 1 a 2 piso. Demoler baños existentes y proveer otros para el personal.
27/11/2008	<p>Entidad contratante: Existe un retraso acumulado por la entrega de los diseños definitivos de la obra.</p> <p>Contratista obras pendientes:</p> <p>Mezanine: completa muro de ducto y fundida, dovelas de muros baño. Terminar instalaciones sanitarias. Recuperar vigueta de borde del descanso de la escalera principal. Abujardado de columnas.</p> <p>Piso 3: Falta terminar de fundir dovelas faltantes de un muro de baños anterior y de los recientemente levantados. Rematar instalaciones hidráulicas de baños. Falta completar instalación sanitaria de baños. Arreglo de columnas P/6, Q/6, R/6 y S/6. Terminar abujardada. Fijar con abrazaderas las bajantes del hall. Terminar demolición muro esquina. Colocar ventilación para baño. Retirar pañete de vigas y placas de entrepiso. Arreglar escape de agua de la bajante bajo placa de cubierta eje. Pañetar baños hombres y mujeres.</p> <p>Piso 2: Abuzardado de columnas y pantallas. Fundir vigueta de borde en descanso de escalera para ejecutar antepecho. Agilizar pañete de muros exteriores del ascensor. Completar pañetes muros baños. Iniciar morteros de piso de palomera norte y sur. Continuar instalaciones sanitarias balos. Iniciar morteros de afinado baño. Agilizar bajantes para hall en patio central de cafetería. Continuar muro de fachada en bloque de cemento y de arcilla. Levantar miro de ducto de baño eje. Levantar columnetas de muros de ascensor y cinta en eje. Continuar muro de arcilla bloque de arcilla baño mujeres. Resanar y pintar techo de baño mujeres. Continuar con instalaciones hidráulicas baños hombres y mujeres. Instalar tubería sanitaria baño cuarto de control y en baños de cafetería. Agilizar levante de antepecho en muro de cemento. Terminar primera mano pintura gris basalto ejes. Continuar con segunda mano de gris basalto bajo placa.</p> <p>Piso 1: Resane y pintura 3 manos de techo área archivo ejes. Rematar retiro de escombros de zona de parqueadero. Aseo corredor SUPERCADÉ y escaleras de 1 a 2 piso. Demoler baños existentes y proveer otros para el personal. Resanar, tapar y mejorar brechas de muro existente eje</p>
30/12/2008	<p>Entidad contratante: Existe un retraso acumulado por la entrega de los diseños definitivos de la obra.</p> <p>Contratista obras pendientes:</p> <p>Mezanine: Mortero de pisos – pañetes de baño</p> <p>Piso 3: Continuar abuzardada de columnas encamisadas. Morteros de piso. Fundida mortero escalera- Demolición pañete bajo escalera- Remate de resanes en viga superior – Instalación de ventanería.</p> <p>Piso 2: Terminar desmonte de cubierta en teja. Morteros de piso de patio. Rematar abujardados de columnas. Terminar pañetes de baños en 2 piso. Morteros de piso. Tubería de hall en patio de cafetería. Instalación hidrosanitaria de baño de cafetería. Remate</p>

	<p>muro, viga cinta y ejecución pañetes eje. Pintura sobre pantallas. Cubierta para cafetería. Morteros de piso palomeras.</p> <p>Piso 1: Completar muros de archivo costado sur-occidental. Ejecución escalera metálica. Construcción cimentación y muros en concreto de centro de gestión. Aplicación base para parqueadero. Demolición muro de cerramiento costado sur y oriental en parqueadero. Ejecución viga para cerramiento.</p>
08/01/2009	Se formaliza prórroga al 31 de marzo de 2009, equivalente a 90 días
05/02/2009	<p>Contratista obras independientes:</p> <p>Mezanine: Pañetes de baño, afinado y piso.</p> <p>Piso 3: Continuar y terminar abuzardada de columnas encamisadas. Fundida mortero escalera. Instalación de del cielo en drywall, antepecho escalera. Demolición pañete bajo escalera. Remate de resanes en viga superior. Instalación en ventanería.</p> <p>Piso 2: Terminar desmonte de cubierta en teja. Morteros de piso de patio. Rematar abujardados de columnas. Terminar pañetes en baños en 2º piso. Morteros de piso. Tubería de hall en patio de cafetería. Remate muro, viga cinta y ejecución pañetes eje. Pintura sobre pantallas. Cubierta para cafetería. Morteros de piso palomeras.</p> <p>Piso 1: Completar muros de archivo costado sur occidental. Ejecución escalera metálica. Construcción cimentación y muros en concreto de centro de gestión. Aplicación base para parqueadero. Demolición muro de cerramiento costado sur y oriental en parqueadero. Ejecución viga para cerramiento.</p>
05/03/2009	<p>Contratista obras pendientes:</p> <p>Cubierta: Completar arreglos impermeabilización cubierta</p> <p>Mezanine: Rematar Drywall y pintura. Colocar piso y divisiones en vidrio.</p> <p>Piso 3: Terminar ventana fachada oriental, y colocar la del costado sur. Fundida mortero escalera- Remates finales. Instalación de cielo raso en drywall y pintura. Rematar enchape muros baños e iniciar el de pisos. Colocar piso en vinisol y porcelanato.</p> <p>Piso 2: Rematar abujardados de columnas -Rematar enchapes baños en 2º piso e iniciar enchapes pisos. Elaborar lucarnas circulares. Ejecutar hidrosanarias baño palomera norte. Remate colocación vidriblock en eje. Pintura sobre pantallas. Iniciar pinturas de fachadas interiores y exteriores sobre la gravilla y pañetes. Remates en general. Instalar iluminarias. Agilizar muros de centro de gestión para poder rematar. Instalar cubierta tipo sándwich costado sur. Instalar puertas metálicas.</p>
12/03/2009	<p>Contratista obras pendientes:</p> <p>Cubierta: Realizar aseo en cubierta.</p> <p>Mezanine: Pintura Drywall y pintura. Colocar piso y divisiones en vidrio</p> <p>Piso 3: Colocar vidrios ventana fachada oriental. Completar ventana del costado sur. Completar mortero escalera. Falta remates y pintura cielo raso en drywall. Enchape pisos baños. Colocar porcelanato circulaciones. Completar en vinisol.</p>

	<p>Piso 2: Colocar ventanería de cafetería. Colocar enchapes baños 2º piso. Colocar porcelanato circulaciones. Elaborar lucarnas circulares. Ejecutar hidrosanitarias baño palomera norte. Remate colocación vidriblock en eje 6. Pintura sobre pantallas. Iniciar pinturas de fachadas interiores y exteriores sobre la gravilla y pañetes. Remates en general. Instalar luminarias palomeras. Agilizar muros de centro de gestión para poder ejecutar cubierta. Completar ventanas y vidrios costar sur. Instalar puertas metálicas baños. Iniciar divisiones en vidrio.</p>
02/04/2009	<p>Contratista obras pendientes:</p> <p>Mezanine: colocar piso y divisiones en vidrio. Instalar mobiliario. Colocar tapa para salida a cubierta.</p> <p>Piso 3: Rematar vidrios ventana fachada oriental ventana del costado sur. Colocar acabado de escalera. Completar porcelanato circulaciones. Completar vinisol. Cableado de acometidas y voz y datos. Iniciar montaje de cabina. Ascensor. Colocar cell descolgado. Colocar divisiones de baños. Colocar aparatos sanitarios y griferías. Colocar rejillas de aires.</p> <p>Piso 2: Colocar ventaneria de cafetería para instalar vinisol. Rematar enchapes baños en 2 piso. Rematar porcelanato en circulaciones. Completar pinturas de fachadas interiores. Elaborar lucarnas circulares. Rematar hidrosanitarias baño palomera norte. Remate colocación vidriblock en eje. Colocar escaleras metálicas. Remates en general. Instalar luminarias en auditorio. Muros de centro de gestión para poder ejecutar cubierta. Completar ventanas y vidrios costado sur. Instalar puertas metálicas baños. Iniciar divisiones en vidrio. Colocar aparatos sanitarios y griferías. Colocar rejillas de aire.</p> <p>Piso 1: Completar muros de archivo costado sur – occidental. Ejecución escalera metálica. Terminar pañete bajo placa. Instalación cerramiento costa oriental y puerta. Colocar puertas de parqueadero. Iniciar caseta del celador. Acometer trabajos subestación y planta. Conectar hidráulica e incendio a cuarto de bombas. Traslado tableros SUPERCADDES.</p>
23/04/2009	<p>Contratista obras pendientes:</p> <p>Mezanine: Colocar piso y divisiones en vidrio. Instalar mobiliario. Colocar tapa para salida a cubierta.</p> <p>Piso 3: Rematar vidrios ventana fachada oriental ventana del costado sur. Colocar acabado de escalera. Completar porcelanato circulaciones. Completar vinisol. Cableado de acometidas y voz y datos. Iniciar montaje de cabina. Ascensor. Colocar cell descolgado. Colocar divisiones de baños. Colocar aparatos sanitarios y griferías. Colocar rejillas de aire.</p> <p>Piso 2: Colocar ventanería de cafetería para instalar vinisol. Rematar enchapes baños en 2 piso. Rematar porcelanato en circulaciones. Completar pinturas de fachadas interiores. Elaborar lucarnas circulares. Rematar hidrosanitarias. Baño palomera norte. Remate colocación vidriblock en eje 6. Colocar escaleras metálicas. Remates en general. Instalar luminarias en auditorio. Muros de centro de gestión para poder ejecutar cubierta. Completar ventanas y vidrios</p>

	<p>costado sur. Instalar puertas metálicas baños. Iniciar divisiones en vidrio. Colocar aparatos sanitarios y griferías. Colocar rejillas de aire. Piso 1: Completar muros de archivo costado sur occidental. Ejecución escalera metálica. Terminar pañete bajo placa. Instalación cerramiento costado oriental y puerta. Colocar puertas de parqueadero. Iniciar caseta de celador. Acometer trabajos Subestación y Planta. Conectar hidráulica e incendio de cuarto de bombas. Traslado tableros SUPERCADDES.</p>
07/05/2009	<p>Contratista obras pendientes: Zonificación de zonas para revisión: no se cumplió la zona 3ª, 4 y 5. No se han corregido las observaciones hechas con antelación</p>
04/06/2009	<p>Contratista obras pendientes: Pruebas de puntos certificados (no se ha entregado informe), pruebas eléctricas, colocación de conectores en cables eléctricos. Fabricación de barraje. Realizar todas las correcciones en la subestación de acuerdo a revisión de retie. No se ha cumplido con la entrega de zonas programadas de acuerdo a las fechas establecidas para la prórroga del plazo.</p>
25/06/2009	<p>Contratista obras pendientes: Lista de detalles finales definidos en comité de obra:</p> <ul style="list-style-type: none"> Detalles y correcciones zonas 1-2-3-3ª-4-5-6-7-8 Remates verticales contra ventanas de fachada Instalación vidrio de lucarnas Instalación de salidas para Tv y plasmas Arreglo equipo de aire SUPERCADDE de movilidad Reinstalación de domo en zona de parqueadero Arreglo para detector del SUPERCADDE calle 13 Instalación punto de energía para Tv del secretario Instalación manija para discapacitados Radicación de documentos ante CODENSA Colocación de puertas de vidrio en corredor de SUPERCADDE calle 13 para aislar escaleras Construcción remate de detalles contra columnas circulares Construcción confinamiento del piso en madera Instalación punto de tv para cafetería Arreglo andenes exteriores Instalación talanqueras Suministro e instalación de san blasting Ejecución pruebas y calibración del equipo de aire acondicionado de precisión Revisión del certificador del retie Radicación de documentos ante CODENSA para conexión definitiva Entrega de instalaciones físicas para traslados de personal de la Secretaría Distrital de Movilidad Instalación software de control y seguridad Modificación oficina de subsecretario zona sur Aprobación del barraje por CODENSA Construcción cuarto bocel en piso oficina Secretario contra ventana fachada

1.33 Dictamen pericial realizado por el contador Víctor Hugo Castellanos Correa. Mediante el cual se determinan los mayores costos en los que incurrió la constructora en la ejecución del contrato objeto de litigio (c. 5 - 6).

2. Precisión del caso.

Construcciones CF SAS presentó demanda de controversias contractuales contra la Empresa de Energía de Bogotá y contra la Fiduciaria de Occidente SA, con el fin de que se declarara que éstas habían incumplido sus obligaciones contractuales y que como consecuencia de ello se les condenara a pagar los costos, sobrecostos, daños y perjuicios en que había incurrido la constructora por tal incumplimiento contractual. Aunque quien suscribió el contrato de obra con la demandante fue Fiduciaria de Occidente SA, ésta lo hizo como vocera y administradora del patrimonio autónomo que Empresa de Energía de Bogotá constituyó.

La juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda. Consideró que, conforme lo ha señalado la jurisprudencia, la constructora demandante consintió la mayor permanencia en la obra cuando suscribió los otrosíes 2, 3, 4, 5 y 6, en los que se pactaron las condiciones en que se continuaría ejecutando la obra. De este modo, al haberse suscrito estos negocios jurídicos, la voluntad de las partes retorna a una posición de equilibrio de las condiciones del nuevo negocio –como cuando se suscribió el contrato inicial-.

La Juez resaltó que las únicas modificaciones que se hicieron al contrato inicial fueron en su plazo de ejecución y valor. Ahora, si bien la constructora demandante dejó una salvedad en el acta de liquidación del contrato de obra civil, lo cierto es que para ésta surtiera efectos no debió haberse hecho de manera general, sino que debió dejarse constancia expresa de los aspectos y puntos que motivaban su inconformidad. En otras palabras, la constancia de inconformidad no se satisface con una formulación genérica que no identifique la razón de ser de la salvedad.

Contra la anterior decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación. En su criterio, la sentencia de primera instancia rechazó las pretensiones “sin citar siquiera una sola norma legal, su fundamento jurídico se sustentó exclusivamente en pronunciamientos jurisprudenciales”.

Señaló que la juez de primera instancia desconoció los artículos 4º, 5º, 13, 25, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, los cuales i) imponen a las entidades estatales el deber de adoptar las medidas que sean necesarias para mantener durante la ejecución del contrato las condiciones económicas y financieras al momento de proponer y contratar; ii) reconocen el derecho de los contratistas a recibir la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato; iii) remite a las disposiciones civiles y comerciales en aquello que no esté regulado; iv) imponen a las entidades la obligación de elaborar los estudios y diseños con anticipación al inicio del proceso de selección; v) establecen que en los contratos se debe mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones; y vi) establecer que los contratos estatales deben interpretarse, cuando sea del caso, teniendo en consideración los mandatos de la buena fe y de la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos. En criterio del apelante, la Juez no podía exigir ni siquiera que se hubiera hecho salvedad alguna en la liquidación pues tal requisito no lo impone la ley.

De acuerdo con lo anterior, la Sala deberá establecer si revoca la decisión apelada, para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, porque la Ley 80 de 1993 no establece un término perentorio para realizar las reclamaciones por desequilibrio económico del contrato. Esto es, aunque se hayan realizado modificaciones al contrato para restablecer el equilibrio económico del mismo, las reclamaciones por tal motivo podían hacerse hasta el momento de la liquidación del contrato.

3. Análisis probatorio.

Previo a resolver el problema jurídico planteado en sede de segunda instancia, la Sala considera pertinente referirse a algunos elementos materiales probatorios que resultan fundamentales para la comprensión del caso.

Así, se tiene que en el proceso se demostró que, en efecto, el 7 de noviembre de 2006, la Empresa de Energía de Bogotá SA ESP suscribió un convenio con el Fondo de Educación y Seguridad Vial – Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, mediante el cual la primera se comprometía a i) venderle a la segunda un inmueble y a ii) realizar un prediseño, diseño, reforzamiento estructural, adecuación y amoblamiento del inmueble, de acuerdo con los requerimientos de la segunda (1.1).

Para la realización del prediseño, diseño, reforzamiento estructural, adecuación y amoblamiento del inmueble, de acuerdo con los requerimientos del Fondo de Educación y Seguridad Vial – Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, se acordó que ésta giraría los recursos necesarios para tal fin a un patrimonio autónomo que constituiría la Empresa de Energía de Bogotá SA ESP en una fiduciaria (1.2 – 1.5).

En cumplimiento de lo anterior, el 28 de diciembre de 2007 la Empresa de Energía de Bogotá constituyó el fideicomiso 3-4-1965 en Fiduciaria Occidente SA, con el objeto de que la Secretaría Distrital de Movilidad transfiriera los recursos necesarios para adelantar el prediseño, diseño, reforzamiento estructural, adecuación y amoblamiento del referido inmueble y la fiduciaria, como vocera y administradora del fideicomiso, suscribiera los contratos necesarios para cumplir tal finalidad (1.6).

En desarrollo del contrato de fiducia y por instrucción de la Empresa de Energía de Bogotá, en su calidad de fideicomitente, el 1 de julio de 2008 Fiduciaria de Occidente suscribió el contrato de obra civil 05 con Construcciones CF LTDA, con el objeto de que se llevaran a cabo las obras de reforzamiento estructural, adecuación, remodelación y amoblamiento del inmueble antes mencionado, de conformidad con los planos y especificaciones entregados para la elaboración de la oferta presentada por el contratista el 22 de abril de 2008 (1.7).

Ahora, como se dijo antes, la constructora señaló en la demanda que los sobrecostos generados por la mayor permanencia en la obra obedecieron a que no se le entregó el paquete completo de los planos requeridos para adelantar la obra, y que no había planos definitivos, pues se modificaron en varias ocasiones durante la ejecución del contrato. Sobre esto, en el proceso se acreditó lo siguiente:

En primer lugar, el contrato de obra se celebró el 1 de julio de 2008, con un plazo de ejecución de 145 días a partir de la suscripción del acta de inicio y por un valor total de

SIETE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTINUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS (\$7.747'829.880) IVA incluido (1.7). El contrato inició su ejecución el 8 de agosto de 2008 (1.8).

En efecto, se acreditó en el proceso que una vez celebrado el contrato de obra e incluso antes de suscribir el acta de inicio, la constructora requirió a la interventoría para que se le entregara el paquete completo de detalles de los planos (1.9).

También se demostró que después de iniciar la ejecución del contrato, la constructora nuevamente requirió a la interventoría para que allegara una serie de documentos necesarios para continuar con la obra (1.11, 1.13, 1.15). Sin embargo, en el proceso también se acreditó que la interventoría dio respuesta a cada uno de los requerimientos de manera oportuna y casi que inmediata (1.12, 1.14, 1.16). Así, al requerimiento del 2 de septiembre de 2008 (1.11), se dio respuesta el 3 y 4 de septiembre (1.12); al requerimiento del 10 de septiembre de 2008 (1.13), se dio respuesta el 13 de septiembre de 2008 (1.14); al requerimiento del 17 de septiembre de 2008 (1.15), se dio respuesta el 19 de septiembre de 2008 (1.16).

Ahora, ante el requerimiento hecho por la constructora el 1 de diciembre de 2008 consistente en ampliar el plazo de ejecución contractual, la fiduciaria y la constructora suscribieron el otrosí No. 2 al contrato de obra el 23 de diciembre de 2008 (1.20). En esta modificación el contratista no realizó salvedad alguna.

Igualmente, frente al oficio de la constructora del 30 de diciembre de 2008 en el que indica que hay algunos muebles contemplados en los planos mobiliarios que no fueron pactados en el contrato inicialmente (1.21), el 19 de marzo de 2009 se suscribió el otrosí No. 3 en el que se adicionó el valor del contrato en NOVECIENTOS SEIS MILLONES CIENTO SETENTA MIL CIENTO VEINTE PESOS (\$906'170.120) (1.24). En esta modificación el contratista no realizó salvedad alguna.

Asimismo, respecto a la solicitud hecha por la constructora el 17 de marzo de 2009 de ampliación del plazo de ejecución (1.23), el 31 de marzo del mismo año se suscribió el otrosí No. 4 en el que se amplió el plazo de ejecución hasta el 30 de abril siguiente (1.25). En esta modificación el contratista no realizó salvedad alguna.

En línea con la anterior solicitud, el 30 de abril de 2009 se firmó el otrosí No. 5 mediante el cual se amplió el plazo de ejecución hasta el 21 de julio de 2009 (1.26). Y el 1 de junio de 2009 se suscribió el otrosí No. 6 en el que se adicionó el valor del contrato en DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS ONCE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$236'811.462) (1.27). En ninguna de estas dos modificaciones el contratista hizo salvedad alguna.

Según se evidenció con los elementos materiales probatorios, los requerimientos por parte de la constructora sólo se hicieron hasta el 17 de marzo de 2009. Esto es, antes del 19 de marzo de 2009, cuando se suscribió el otrosí No. 3 en el que se adicionó el valor del contrato. Después de esta fecha no hubo más requerimientos por parte de la constructora y, se reitera, en ninguna de las modificaciones que se hizo al contrato el contratista realizó salvedad alguna (1.31).

Ahora, a partir de una revisión detallada de las actas de comité de obra y los informes de interventoría que también fueron analizados en el dictamen pericial (1.32) se observa que

hubo tres fases durante la ejecución del contrato. Desde el 28 de agosto de 2008 y hasta el 25 de septiembre de 2008 las causas de los retrasos en la obra fueron únicamente porque la entidad contratante no había entregado los diseños definitivos en su totalidad. Entre el 16 de octubre de 2008 y el 30 de diciembre de 2008 la causa de los retrasos en la ejecución de la obra obedece a causas imputables a la entidad contratante por no entregar algunos diseños definitivos y a la entidad contratista por ni avanzar en la ejecución de la obra que ya tenía planos y diseños definitivos. Finalmente, desde el 5 de febrero de 2009 los retrasos en la obra son única y exclusivamente por causas imputables al contratista.

Este análisis confirma la conclusión a la que llegó la Sala antes y es que la última reclamación o requerimiento que hizo la constructora fue antes de la suscripción del otrosí No. 3 en el que se adicionaron recursos al contrato. Después de ello no hubo requerimiento, reclamación o salvedad alguna.

Entonces, resalta la Sala una vez más, que en las modificaciones al contrato no se dejó salvedad alguna respecto al equilibrio de la ecuación financiera del contrato, por lo que no se cumplió con el requisito de oportunidad señalado por la jurisprudencia del Máximo Tribunal Contencioso Administrativo. Sobre el particular, resalta la Sala que los mayores costos cuyo pago se persigue en esta acción se derivan de las modificaciones antes señaladas, en las que las partes acordaron de común acuerdo prorrogar el plazo de ejecución del contrato. Es por ello que la Sala hace énfasis en que en cada una de las modificaciones el contratista no realizó salvedad alguna o reclamación alguna respecto a tales variaciones contractuales, siendo esta la oportunidad para ello y no la liquidación del negocio jurídico.

En línea con lo anterior, aclara la Sala que después del otrosí No. 3 no hubo comunicación de la constructora alguna que solicitara la adopción de las medidas necesarias para restablecer el equilibrio económico del contrato. Al respecto, conviene recordar que las solicitudes de restablecimiento del equilibrio económico del contrato deben ser alegadas en el momento en que ocurre la circunstancia generadora del mismo, pues de no ser así se violaría el principio de buena fe, que debe regir en los contratos estatales.

Así las cosas, en criterio de la Sala debe confirmarse la sentencia de primera instancia porque si bien es cierto los artículos 4º, 5º, 13, 25, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993 imponen a las entidades estatales el deber de adoptar las medidas necesarias para mantener el equilibrio económico durante la ejecución del contrato y reconocen a los contratistas el derecho a recibir la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato; también remiten a las disposiciones civiles y comerciales en aquello que no esté regulado y contemplan como principio de la contratación estatal la buena fe.

En cuanto a la remisión a las disposiciones civiles y comerciales, conviene recordar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza. Luego, si las partes al momento de suscribir suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., no formulan salvedad, reclamación u objeción alguna es porque se mostraron conformes con lo allí convenido. Si en esas oportunidades estuvieron de acuerdo con lo acordado, no pueden después venir a formular esas mismas reclamaciones en el acta de

liquidación bilateral, pues si no fueron presentadas en su oportunidad ya en sede de liquidación final del contrato se estima que también son extemporáneas.

4.- Costas Procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, la Sala no condenará en costas en tanto no existe prueba que la justifique.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de diciembre de 2017, por el Juzgado 62 Administrativo de Bogotá.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas procesales, conforme la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia y cumplido lo anterior, por Secretaría devolver el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE, CÚMPLASE



JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado



MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada



FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado