**EQUILIBRIO ECONÓMICO – Naturaleza jurídica**

En distintas oportunidades esta Sala se ha ocupado de delimitar el alcance y el contenido de las figuras del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual, con el inequívoco propósito de precisar que, pese al tratamiento similar que se les ha brindado por diferentes sectores de la academia, la doctrina y la jurisprudencia, lo segundo no constituye una causa de lo primero. En efecto, no han sido pocos los pronunciamientos de este Subsección en los cuales se ha enfatizado que la conservación del sinalagma prestacional propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y que le sirvieron de cimiento a la misma. En ese sentido ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos a las partes cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como “*Hecho del Príncipe*” o “*Ius variandi”,* dependiendo de la entidad de donde emanen, pero que no se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante. Igualmente, el legislador ha establecido que dicha equivalencia debe garantizarse a ambas partes, en tanto no constituye un privilegio exclusivo del contratista particular.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Ajuste de precios**

Ahora bien, este acontecimiento dará lugar a que la parte afectada solicite a su co-contratante la adopción de los mecanismos de ajuste y revisión de precios, así como la implementación de los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución del contrato. En esa misma dirección, cuando el contratista, en su condición de afectado, acude ante la entidad pública con el propósito de que se le restablezca el equilibrio económico del contrato, alterado por algunas de las causas señaladas, el Estatuto de Contratación Estatal ha consagrado que ante la ausencia de respuesta expresa por parte de la Administración, podría eventualmente tener cabida la configuración del silencio administrativo positivo, siempre que se reúnan los supuestos establecidos en las disposiciones legales que lo consagran y cuyo alcance ha sido materia de precisión por la jurisprudencia de esta Corporación.

**ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO – Restablecimiento – Reclamación en sede judicial**

En todo caso la parte afectada podrá acudir a la instancia judicial en búsqueda del restablecimiento de la ecuación económica fracturada. Sumado a lo anterior, cabe destacar que el instituto del equilibrio económico del contrato no corresponde a una figura privativa de los negocios jurídicos gobernados por el derecho público, dado que, por vía de principio, está llamado a imperar todas las relaciones negociales bilaterales, con independencia del régimen jurídico que las informe…Contrario seunsu, el incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Configuración**

La configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico. Así mismo tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación estatal y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral. Como se aprecia, el incumplimiento se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos co-contratantes que, de manera injustificada se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulados. Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y desde esa perspectiva, la parte cumplida podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligación, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO – Competencia**

Así mismo, la ocurrencia del supuesto de incumplimiento del particular, al tenor de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, faculta a la entidad estatal contratante a declararlo mediante acto administrativo motivado con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el acuerdo. Siguiendo con el estudio del tema, se recuerda que esta Subsección se ha ocupado de puntualizar las múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, así como los efectos que de uno y otro caso se desprenden…Ahora bien, aunque como queda claro las figuras analizadas obedecen a causas diferentes y tienen consecuencias distintas, la jurisprudencia de esta Subsección ha reconocido que en algunas oportunidades las decisiones judiciales han adoptado posturas que permiten identificar impropiamente el incumplimiento contractual como causa de la ruptura económica del contrato…De cualquier modo, en atención al principio constitucional que impone la prevalencia de lo sustancial sobre la forma, corresponderá al Juez de la causa determinar en cada caso concreto desde cuál óptica debe emprenderse el respectivo análisis.

**SISTEMA DE PAGOS UNITARIOS** **– Implementación**

La implementación de este sistema de pago, según lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación de manera uniforme, obedece a la imposibilidad de establecer con exactitud, previamente a la ejecución del negocio jurídico, el valor total resultante de realizar la obra o prestar el servicio contratado, en cuanto se desconocen las cantidades requeridas.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01573-01(38449)**

**Actor: J.E. JAIMES INGENIEROS S.A. Y OTRA**

**Demandado: EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES**

**Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009), dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, mediante la cual se dispuso:

*“PRIMERO.- Niéguense las pretensiones de la demanda.*

*“SEGUNDO.- En firme esta providencia, liquídense por Secretaría los gastos del proceso y en caso de remanentes devuélvanse al interesado. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en los artículos 7 y 9 del Acuerdo No. 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.*

*“TERCERO.- Sin costas”.*

1. **A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda.**

Mediante demanda presentada el 28 de junio 2002, en ejercicio de la acción contractual, por las sociedades J.E. JAIMES INGENIEROS S.A., y V&P INGENIEROS CIA. LTDA., (folios 3 a 50 cuaderno 1), se solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

*“PRIMERA: Que se declare que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones – TELECOM es responsable patrimonialmente por el rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato No. 052 de 1998 y sus contratos adicionales Nos. 01 de 10 de marzo de 1999 y 02 del 9 de diciembre de 1999, suscritos con la Unión Temporal constituida por las empresas J.E. JAIMES INGENIEROS LTDA., y V&P INGENIEROS CIA. LTDA.*

*“SEGUNDA. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se declare que son ilegales las siguientes comunicaciones:*

*“1.- Comunicación No. 0195300-0034 de 31 de enero de 2000, suscrita por el Asesor Jurídico de la Vicepresidencia de Telefonía de TELECOM, en respuesta al oficio de 5 de enero de 2000, en el cual se considera que ‘no aplica la figura del desequilibrio económico del contrato’.*

*“2.- Oficio No. 00195300-00119, del 13 de marzo de 2000, suscrito por el Asesor Jurídico de la Vicepresidencia de Telefonía de TELECOM, en respuesta al oficio de 7 de febrero de 2000, en el cual se ratifica que la empresa no se comprometió a cumplir con metas específicas en la instalación de líneas.*

*“3.- Oficio No. 11180000-002090 de 17 de octubre de 2000, suscrito por el Vicepresidente de CAPITEL, en respuesta a un derecho de petición, en el que se afirma que no hubo un hecho imprevisto, ni acaecieron hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato, por lo cual se considera que no se configura desequilibrio económico y financiero alguno.*

*“4.- Oficio No. 11180000-000074, del 25 de enero de 2001, suscrito por el Vicepresidente de CAPITEL, en respuesta a un derecho de petición de diciembre 7 de 2000, en el que se hacen aclaraciones sobre los ítems tenidos en cuenta para el cálculo del valor del contrato, y se concluye que no existe desequilibrio económico.*

*“TERCERO.- Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la demandada a pagar a las demandantes la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON TREINTA Y DOS CENTAVOS ($239’370.934.32), o a la que resulte probada dentro del proceso, debidamente actualizada, con sus respectivos intereses, liquidados a la tasa más alta permitida, desde el momento en que debió haberla recibido, hasta el momento de la sentencia.*

*“CUARTA.- Que se liquide en sede judicial el contrato No. 000052 de diciembre 17 de 1998, suscrito entre TELECOM y la Unión temporal J.E. JAIMES INGENIEROS LTDA. – V&P INGENIEROS CIA. LTDA., y sus contratos adicionales Nos. 01 de 10 de marzo de 1999 y 02 del 9 de diciembre de 1999, suscritos entre las mismas partes, liquidación dentro de la cual deberá incluirse la suma a que se condene a TELECOM de acuerdo con la pretensión anterior.*

*“QUINTA. Que se ordene a TELECOM pagar a los demandantes la suma que resulte a favor de éstas, como consecuencia de la liquidación judicial a que se refiere la pretensión anterior.*

*SEXTA. Que se condene en costas a la parte demandada.*

*“SEPTIMA. Que se ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.”.*

**2. Los hechos.**

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

**2.1.** Mediante comunicación del 25 de noviembre de 1998, TELECOM invitó a los interesados a presentar una cotización con el propósito de contratar el mantenimiento preventivo y correctivo de las líneas de abonado alambradas e inalámbricas, el mantenimiento correctivo del resto de la infraestructura de la planta externa, así como la ejecución de los traslados y retiros de las líneas alambradas e inalámbricas en la zona A del proyecto Capitel - Telecom.

**2.2.** Se informa en la demanda que, de conformidad con el anexo No. 5 del texto de la invitación, correspondiente al valor del mantenimiento de las líneas de abonado alambradas e inalámbricas, la proyección del número líneas que estarían en servicio durante la ejecución del contrato, sería la siguiente:

|  |  |
| --- | --- |
| Período | Proyección de Líneas |
| Ene -99 | 31.000 |
| Feb-99 | 34.000 |
| Mar-99 | 37.000 |
| Abr-99 | 40.000 |
| May-99 | 43.000 |
| Jun-99 | 46.000 |

**2.3.** Las sociedades J.E. JAIMES INGENIEROS LTDA., y V&P INGENIEROS CIA. LTDA., conformaron una unión temporal identificada con los mismos nombres, con el fin de presentar oferta para atender la invitación formulada por TELECOM. En la propuesta se indicó la proyección de líneas a reparar, trasladar y retirar, discriminada mes por mes, durante un período de 6 meses y se determinó el valor unitario por mantenimiento de línea en valor de $2.163.

**2.4.** En oficio del 14 de diciembre de 1998, TELECOM informó a la Unión temporal J.E. JAIMES INGENIEROS LTDA., y V&P INGENIEROS CIA. LTDA., que había decidido contratarla para que realizara el mantenimiento preventivo y correctivo de la planta externa para la zona A del proyecto Capitel -Telecom, por un precio de $680’000.000.

**2.5.** El 17 de diciembre de 1998 TELECOM y la Unión temporalJ.E. JAIMES INGENIEROS LTDA., y V&P INGENIEROS CIA. LTDA., celebraron el contrato No. 000052, cuyo objeto consistió en *“Adelantar el mantenimiento preventivo y correctivo de la instalación y líneas inalámbricas y el resto de la infraestructura de la planta externa, la ejecución de los traslados de líneas telefónicas alambradas e inalámbricas en la zona A del proyecto TELECOM CAPITEL…”.*

**2.6.** El 18 de enero de 1999 se firmó el acta de iniciación de labores.

**2.7.** El contrato No. 000052 tuvo dos adiciones. La primera suscrita el 10 de marzo de 1999, con el fin de modificar la forma de calcular el valor mensual de ejecución y, la segunda, el 9 de diciembre de 1999 por la cual se aumentó su valor en la suma de $63’000.000.

**2.8.** Se dice en la demanda que durante la ejecución del contrato TELECOM no cumplió con la proyección establecida en los términos de referencia, dado que el número de líneas puestas en servicio fue muy inferior al contenido en ese documento, lo cual, atendiendo a la infraestructura dispuesta por el contratista para las labores de mantenimiento, generó la ruptura del equilibrio económico y financiero del contrato.

**2.9.** No obstante haber mediado varias solicitudes elevadas por el contratista para que se adoptaran mecanismos tendientes a restablecer la ecuación económica del contrato, TELECOM negó su reconocimiento con el argumento de que en su clausulado las partes acordaron que el pago se debería realizar de acuerdo con el número de líneas instaladas.

**2.10.** El 5 de enero de 2000 finalizó la ejecución del contrato, no obstante lo cual, a la fecha de presentación de la demanda, el negocio no se había liquidado.

**3. Fundamento de derecho.**

Luego de realizar un recuento normativo del régimen que gobernaba la actividad contractual de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, la parte actora concluyó que, a pesar de que sus actos y contratos se rigieran por las normas del derecho privado, ello no la relevaba de observar el principio de conmutatividad de los contratos, así como el del equilibrio financiero y económico de los mismos.

Agregó que su actividad se encontraba igualmente sujeta al principio de responsabilidad previsto en el artículo 90 de la Carta Política, en tanto dicho canon no efectuaba ningún tipo de distinción referente a la procedencia del daño que debía repararse, de ahí que el mismo podía originarse en la actuación extracontractual o contractual del Estado y esta última a su turno, podría estar sometida a las normas del derecho público o del derecho de privado.

Siguiendo ese orden, señaló que al asunto resultaban aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 868, 871 y 872 del Estatuto Mercantil, alusivas a la revisión del contrato por circunstancias extraordinarias, al acatamiento del principio de buena fe, así como a la configuración y consecuencias de la prestación irrisoria.

De igual forma se refirió a la figura del equilibrio económico del contrato, desde la óptica de la jurisprudencia y de la doctrina existentes sobre la materia, para efectos de indicar las causas de su ocurrencia.

Descendiendo lo anterior al caso concreto precisó que la causa determinante de la ruptura del equilibrio económico del contrato No. 000052 obedeció al *ius variandi,* lo cual imponía el deber de indemnizar a las sociedades demandantes.

Como soporte de lo expuesto explicó que, según se evidenciaba del cuadro de instalación de líneas del proyecto Capitel Telecom del 31 de enero de 1999, en la zona A existían 66.218 solicitudes de líneas telefónicas; así mismo, se encontraban pendientes de atender 27.747 solicitudes, habían sido asignadas 10.823 líneas y se encontraban en servicio 27.648.

Tal información, en criterio de las libelistas, permitió conocer las necesidades de los usuarios y motivó a la demandada a realizar la invitación dirigida a contratar el mantenimiento de la infraestructura externa.

Añadió que Telecom exigió la cotización de precios por reparación de línea, los cuales, además de ser fijos e invariables, servían como referentes para que a partir de su valor se determinara un porcentaje para los demás costos del contrato, tales como los destinados al mantenimiento de la infraestructura.

En ese mismo sentido explicó que el precio por línea presentado en la cotización atendía a las siguientes variables: cantidad de líneas instaladas, proyección de la instalación de líneas, infraestructura humana y técnica requerida, tiempo probable del servicio y valor del contrato.

Lo anterior, según las demandantes, implicaba que cualquier alteración de las variables anotadas, necesariamente, habría de repercutir en el valor real del contrato, cuyo valor según la adición No. 2 se pactó en $743’000.000 a razón de $2.163, como precio de mantenimiento por línea, incluido IVA.

Sostuvo que en la propuesta se había calculado un 10% de utilidad, sobre la base de que Telecom requeriría la instalación de 3000 líneas por mes, cuya instalación se cotizó en $2.169, incluido IVA, por valor unitario.

No obstante lo anterior, manifestó que tanto al momento de contratar, como durante la ejecución del contrato, Telecom varió radicalmente las condiciones consignadas en los términos de referencia, situación que incidió en el precio inicialmente ofrecido en la propuesta.

Sobre el particular, afirmó que a la firma del contrato se aumentó el término de ejecución a 8 meses o hasta que se agotara su valor, cuestión distinta a la plasmada en los términos de referencia en los cuales se dejó consignado que el plazo sería de 6 meses y que se agravaba por el hecho de que el precio se mantuvo igual. En esta modificación, en criterio la parte actora, no se tuvo en cuenta que el precio se hallaba ligado al número de líneas proyectadas a instalar durante el período de 6 meses.

A lo expuesto sumó que durante la ejecución del contrato Telecom no cumplió con la proyección de líneas a instalar, por circunstancias atribuibles a la falta de planeación del ente público. Esto implicó que las liquidaciones mensuales de lo debido al contratista por la labor ejecutada fueran muy inferiores a las proyectadas en la propuesta.

Además sostuvo:

*“El término de ejecución del contrato (8 meses), a su vez fue rebasado en cuatro meses, para un total de 12 meses, lo cual implicó una duplicación del período proyectado en los términos de referencia (6 meses).*

*El valor del contrato fue adicionado después de once meses de ejecución, únicamente en $63’000.000.oo, que es apenas el 9.2% del monto que se previó en los términos de referencia para un período promedio de 6 meses. Quiere decir lo anterior, que mientras en los términos de referencia se proyectó un presupuesto de $680’000.000.oo, para un período promedio de seis meses, la realidad de ejecución del contrato, implicó una duplicación del término (12 meses), con un aumento del presupuesto de únicamente el 9.2%.*

*A pesar de que en los términos de referencia y las proyecciones de TELECOM se esperaba un desarrollo de 3000 líneas mensuales para un proyecto final de 110.000 líneas telefónicas en la zona (Ítem 3.0 de los términos de referencia), el desarrollo real de las líneas instaladas fue en promedio de 376 líneas mensuales, para un total al final del contrato de 29.038 líneas instaladas, es decir el 26.39% de lo proyectado en los términos de referencia.*

*Con fundamento en las proyecciones de TELECOM, y en la oferta de la Unión Temporal, en el contrato se estableció que en un término de 8 meses se realizarían unas obras cuyo costo ascendería a la suma de $680’000.000, lo cual implica un promedio de $85’000.000.oo por mes. No obstante lo anterior, el término de ejecución del contrato se extendió hasta doce meses, lo cual, conservando el promedio anotado, implicaría un costo total de 1.020’000.000.oo, mientras que el presupuesto del contrato únicamente se adicionó en $63’000.000.oo para un total de $743’000.000.oo, de los cuales la Unión temporal recibió efectivamente $741’505.122,77, según consta en las actas de liquidación mensuales de obra (prueba B.1.15, lo que da una diferencia entre el valor pagado frente al costo real del contrato de $277’000.000.oo). A su vez, si se tiene en cuenta que debido al no cumplimiento de la proyección de líneas por parte de TELECOM, así mismo se dejaron de realizar algunas obras, y por tanto, de utilizar algunos materiales, por lo cual no se causaron $37’629.065.68, el contrato tuvo un costo adicional de $239’370.934.32, que es el monto del desequilibrio económico que se reclama mediante la presente demanda”.*

**4. Actuación procesal.**

**4.1.** El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 28 de agosto de 2002, admitió la demanda y ordenó notificar de la misma a la demandada Empresa Nacional de Telecomunicaciones (fl. 53-54 c1).

**4.2.** Por auto del 13 de febrero de 2003, la primera instancia abrió el debate probatorio (fl. 73-74 c1).

**5. Contestación de la demanda.**

Mediante escrito allegado dentro del término legal, la entidad demandada, Empresa Nacional de Telecomunicaciones, ejerció su derecho de contradicción.

En primer término, se opuso a las pretensiones por considerar que no se había presentado la ruptura del equilibrio económico del contrato No. 000052, toda vez que la entidad había cancelado el valor total de los servicios prestados, según se había pactado en el texto contractual.

Frente a los hechos en los que se sustentó la demanda, sostuvo que el plazo del referido contrato, estipulado en 8 meses, había vencido el 18 de septiembre de 1999, de tal suerte que la adición al mismo en realidad constituyó un nuevo contrato, al haberse suscrito fuera del término señalado.

En esa dirección, precisó que el término de liquidación venció el 18 de marzo de 2000, de lo cual resultaba viable concluir que habiéndose interpuesto la demanda el 28 de junio de 2002, su ejercicio fue extemporáneo, de manera que no podía pretenderse su liquidación en sede judicial.

Afirmó además que en los términos de referencia se había definido el valor mensual que debía pagarse al contratista, el cual sería el resultante de multiplicar el precio fijo unitario del mantenimiento de las líneas por la cantidad de líneas telefónicas en servicio instaladas en el mes inmediatamente anterior.

Con base en esta premisa concluyó que si bien el contrato se celebró con sustento en unas proyecciones, ello no equivalía a afirmar que Telecom hubiere estado obligado a lograr tales estimaciones, pues las mismas servían únicamente como variables aproximadas para realizar los respectivos cálculos.

Como soporte de lo anterior, agregó que tanto en el contrato, como en sus anexos, se pactó que el pago se efectuaría de acuerdo con el mantenimiento realizado sobre las líneas instaladas.

Enfatizó que el término de ejecución del contrato era de 8 meses, de forma tal que si el contratista prestó el servicio por un término superior, ello obedeció a su propia culpa y, por tanto, no resultaba ajustado solicitar, con base en un hecho atribuible a su conducta, el reconocimiento del desequilibrio económico del contrato.

Sostuvo que el objeto del contrato debió cumplirse en el plazo señalado, contado a partir de la suscripción del acta de iniciación o hasta que se agotara el presupuesto, es decir, que al reunirse cualquiera de las dos condiciones, el acuerdo se extinguiría.

Por último, la parte demandada propuso las siguientes excepciones:

Caducidad de la acción.

Como sustento de este medio exceptivo alegó que no obstante existir el contrato indebidamente denominado adicional No. 2 al contrato No. 000052, en realidad, dicho acuerdo constituía un negocio jurídico distinto al que pretendía adicionar, en tanto había sido suscrito tres meses después de haber vencido su plazo.

Así pues, estimó que a partir del vencimiento del contrato No. 000052, 18 de septiembre de 1999, debió computarse el término de seis meses para proceder a su liquidación, plazo que venció el 18 de marzo de 2000. Siguiendo esa premisa, sostuvo que desde esta última fecha empezaron a correr los dos años de caducidad de la acción contractual, término que finalizó el 19 de marzo de 2002, sin que hasta ese entonces se hubiera presentado la solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría, como tampoco la presente demanda.

Indebida acumulación de pretensiones.

Manifestó que la parte actora confundía la acción contractual con la de nulidad y restablecimiento del derecho, en atención a que la pretensión dirigida a obtener la declaratoria de ilegalidad de unas comunicaciones debía ventilarse a través del contencioso anulatorio.

**6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.**

Por auto del 5 de octubre de 2007 el Tribunal *a quo* dio traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión y rindiera concepto, respectivamente (folio 206 del cuaderno 1).

Dentro del término concedido, tanto la parte actora como la demandada presentaron sus escritos de alegaciones en los cuales, a la luz de las pruebas recaudadas durante el debate probatorio, básicamente, reiteraron los argumentos expuestos en etapas procesales anteriores.

A su turno, el Ministerio Público, dentro del término de traslado especial, rindió concepto en el cual solicitó negar las súplicas de la demanda.

Al respecto consideró que en el presente asunto los demandantes pretendían derivar responsabilidad de la entidad contratante por el incumplimiento de unas proyecciones establecidas en los términos que sirvieron de soporte para la invitación. Sin embargo, en su criterio, no existía fundamento para afirmar que Telecom se obligó a cumplir con las proyecciones indicadas y tampoco existían evidencias de que el incumplimiento de tales expectativas hubiese constituido una circunstancia anormal y extraordinaria que excediera la órbita de lo previsible.

Estimó que los términos de la invitación fueron claros al señalar que los precios serían fijos, a lo cual añadió que Telecom cumplió con el pago acordado.

De otro lado, se refirió a la pretensión encaminada a obtener la declaratoria de nulidad de algunos oficios suscritos por Telecom, en cuyo contenido se negaba el reconocimiento de la ruptura del equilibrio contractual. Para la vista fiscal, dichos escritos no creaban situaciones jurídicas de carácter particular y, en tal virtud, no eran susceptibles de ser sometidos a control de legalidad ante esta jurisdicción.

Finalmente, frente a la pretensión de liquidación judicial del contrato advirtió que la misma resultaba improcedente en la medida en que no se encontraba acreditado que su vigencia hubiere expirado, dado que para que así fuese era necesario que el presupuesto asignado se encontrara agotado, circunstancia que no había sido comprobada.

**7. La sentencia impugnada.**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones (folios 240-252 del cuaderno principal):

En primer lugar abordó el examen de los presupuestos procesales, aspecto en relación con el cual consideró que le asistía competencia para conocer del presento asunto, por cuanto la entidad contratante era un órgano de derecho público, de conformidad con lo establecido artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

Así mismo, halló legitimadas en la causa por activa a las sociedades demandantes, en atención a su condición de contratistas dentro del negocio jurídico No. 000052 y afectadas con la relación negocial.

Consideró también que la acción impetrada era la conducente para resolver las pretensiones formuladas, en tanto las mismas encontraban su génesis en la presunta ruptura del equilibrio económico de un contrato estatal.

Al abordar el examen relativo a la caducidad de la acción, advirtió que la prestación del servicio finalizó el 5 de enero de 2000. De ahí concluyó que el término para liquidar el contrato venció el 5 de julio del 2000, fecha a partir de la cual se empezaron a computar los dos años de caducidad. En esa dirección, concluyó que, al haberse interpuesto la demanda el 28 de junio de 2002, la acción se ejerció oportunamente.

Seguidamente se pronunció en relación con la excepción de indebida acumulación de pretensiones, a cuyo respecto manifestó que el petitum en conjunto se dirigía a obtener el reconocimiento de la fractura de la economía del contrato y, por tanto, todas las súplicas eran pasibles de ser ventiladas a través de esta acción.

Con sustento en lo anterior, estimó que la aludida excepción no tenía vocación de prosperidad.

Luego de valorar el recaudo probatorio, el Tribunal a quo partió de puntualizar que la duración del contrato que se revisaba se había pactado en función del agotamiento del presupuesto asignado para su ejecución.

En ese contexto, estimó desacertadas las manifestaciones de la entidad, de conformidad con las cuales el contrato adicional No. 2, en realidad, habría constituido un negocio jurídico nuevo e independiente, pues según la primera instancia, este último se celebró dentro del término de vigencia del contrato que se adicionaba, esto es, con anterioridad a la consumación del presupuesto.

Precisado lo anterior, el *a quo* observó que en la solicitud de cotización, al definir el valor del contrato, se había consignado que la cifra correspondiente se obtendría de sumar los valores de material y mano de obra empleados para reparar daños a la infraestructura, el valor del mantenimiento de las líneas de abonado alambradas e inalámbricas en servicio, el valor total de los traslados y el valor total de los retiros de las líneas.

Igualmente, al revisar el clausulado contractual, el Tribunal desprendió que el valor del mantenimiento de las líneas telefónicas se estableció por precios unitarios inmodificables y sin tener en cuenta la proyección de líneas del anexo No.5 de la invitación.

También destacó que tanto la entidad demandada como el contratista acordaron que Telecom pagaría los servicios efectivamente prestados en el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación.

Puntualizó que a pesar de que la proyección de líneas se efectuó con base en el período comprendido entre enero a junio de 1999, en la práctica, la ejecución del contrato se llevó a cabo entre enero de 1999 y enero de 2000, es decir, por seis meses más de lo proyectado.

A ello sumó que las líneas en servicio eran menores a las que había proyectado la entidad en su invitación, cuestión que debió ser puesta de presente por el contratista dejando la salvedad expresa en las respectivas actas parciales de liquidación.

Con base en lo anotado, concluyó que en el subexamine no se había demostrado la ruptura del equilibrio económico del contrato No. 0052, toda vez que las proyecciones del anexo No. 5 de la invitación no se tuvieron en cuenta para establecer el valor del servicio de mantenimiento de las líneas telefónicas.

Por el contrario, evidenció que en el mismo contenido de la invitación se había plasmado que el pago mensual se obtendría de multiplicar el valor fijo e invariable unitario por concepto de mantenimiento de líneas por la cantidad de líneas telefónicas en servicio del mes anterior.

Precisó además que existió voluntad del contratista de prolongar la ejecución del contrato en las mismas condiciones inicialmente pactadas.

En cuanto a la pretensión anulatoria de los oficios por los cuales la entidad negó el reconocimiento de la ruptura económica del contrato, la primera instancia advirtió que no se encontraba llamada a prosperar, en atención a que el objeto de los mencionados escritos era el mismo que se debatía en el proceso, esto es, la presunta ocurrencia de un desequilibrio económico.

En consecuencia, estimó que al no prosperar la declaratoria de su ocurrencia, los oficios a través de los cuales la entidad se negaba a reconocer la ruptura del equilibrio contractual debían conservar su validez.

Finalmente, negó la pretensión dirigida a obtener la liquidación judicial del contrato, por considerar que no se demostró el supuesto fáctico de la ruptura del equilibrio.

**8. El recurso de apelación.**

La parte actora, a través de su apoderado, presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Como premisa general, la parte recurrente consideró que la interpretación brindada por el a quo a los fundamentos fácticos que soportaron el petitum de la demanda resultaba jurídicamente inaceptable.

Para el extremo activo, el hecho de haber dado cabal cumplimiento a los términos y estipulaciones contractuales, en materia de pagos por parte de Telecom, en manera alguna se oponía a que, ante la presencia de una causa extraña e imprevisible que alterara la economía del contrato, el Juez pudiera ordenar su restablecimiento.

A su juicio, una postura que atendiera a esa interpretación implicaría una aplicación absoluta del principio *pacta sunt servanda*, cuya observancia no podría ser rígida, en tanto debía abrir paso al principio del equilibrio económico del contrato, ya que el estricto cumplimiento del negocio jurídico no era suficiente para garantizar la equivalencia de las prestaciones inicialmente pactadas.

Afirmó que en el *sublite* se habían presentado circunstancias extraordinarias, imprevisibles y ajenas a la voluntad de la unión temporal contratista, que hicieron más onerosa la ejecución del contrato y que imponían el restablecimiento de su ecuación económica.

Consideró que aceptar la tesis planteada por el Tribunal llevaría a sostener que en un contrato pactado a precios unitarios jamás podría presentarse una ruptura del equilibrio financiero del contrato, lo cual iría en contravía de los principios de justicia y equidad, así como de la jurisprudencia de esta Corporación.

Lo anotado, además, a su juicio, desconocería que los contratistas, por regla general, realizan sus estudios y proyecciones de costos con base en las cantidades de trabajo establecidas previamente por la entidad en los estudios previos y en las condiciones de contratación que, en este caso se condensaron en el documento denominado *“solicitud de cotización para el mantenimiento preventivo y correctivo de la planta externa en la zona A del proyecto Capitel”.*

Así mismo, sostuvo que la celebración de los contratos adicionales obedeció, de una parte, a la necesidad de modificar la metodología para calcular el valor mensual de la ejecución y, de otra, a aumentar los recursos del proyecto, pero ninguna de las dos medidas fue suficiente para evitar la ruptura del equilibrio contractual.

En su criterio, era desajustado exigir al contratista que manifestara su inconformidad al momento de suscribir las adiciones al contrato, pues ello desconocería la realidad de los contratos estatales que impone al contratista la obligación de cumplirlos so pena de hacerse acreedor a las sanciones de ley.

A esto último agregó que no podía pretenderse que el contratista dejara salvedades y reparos en un momento anterior a la liquidación del contrato, menos aun cuando la ley no consagraba dicho formalismo.

Por otro lado, enfatizó que las obligaciones contraídas por el contratista con ocasión del negocio jurídico, a su vez, tenían origen en los estudios que, en cumplimiento del principio de planeación, debía realizar la entidad en etapa previa a la contratación, postulado en cuyo desarrollo el ente público debía establecer con precisión, al menos aproximada, la cantidad de bienes o servicios a contratar.

Al efecto anotó:

*“… en el caso de autos, como se explicó detalladamente en los alegatos de conclusión de primera instancia, dicha correspondencia entre planeación y realidad contractual no existió y apenas se instalaron el 26.39% de las líneas proyectadas, por lo que resulta evidente que existió un claro incumplimiento por parte de la entidad en su obligación de planeación, al establecer un número de líneas exageradamente alejado de la posterior realidad contractual.*

*“(…).*

*“En ese sentido, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al señalar que en ningún momento la entidad estatal se obligó a cumplir las proyecciones, y que por lo tanto no se presentó un álea anormal, resulta desconociendo los principios básicos de los contratos estatales explicados, puesto que desconoce que en el momento en el que las proyecciones distan tanto de la realidad contractual, existe una evidente falencia en la labor de planificación del contrato por parte de la entidad, que el contratista estaba en la imposibilidad de prever”.*

Sostuvo que el Tribunal omitió realizar un análisis completo del dictamen pericial practicado en el curso de la primera instancia, mediante el cual se acreditaron las razones por las cuales se presentó una mayor onerosidad en la ejecución del contrato.

Reprochó el hecho de que el Tribunal hubiera desestimado la experticia por no haber acompañado los documentos en los cuales se basó, pues, en su sentir, la norma que regulaba este medio probatorio solo exigía que el perito indicara las fuentes consultadas y los fundamentos de sus conclusiones, pero en momento alguno requería que los allegara al expediente para poder otorgarle valor al dictamen.

Finalmente, alegó que el *a quo* se limitó a señalar que los valores indicados en la experticia no concordaban, sin precisar a cuáles valores se refería y respecto de cuales presentaban incongruencias.

**9. Actuación en segunda instancia.**

**9.1.** Mediante providencia del 23 de abril de 2010, la Sección Tercera de esta Corporación concedió al apelante el término de 3 días para que sustentara el recurso de alzada (fl. 259 c principal).

**9.2.** Cumplido lo anterior en el plazo señalado, por auto del 25 de junio de 2010, el Consejo de Estado admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (folio 261 cuaderno principal).

**9.3.** Por medio de providencia del 30 de julio de 2010, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto (folio 263 del cuaderno principal).

En el término otorgado, tanto la parte actora como la demandada presentaron sus escritos de alegaciones, en los cuales, en esencia, insistieron en los argumentos en que soportaron la causa y la contradicción, respectivamente.

El Ministerio Público guardó silencio.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

**1.- Competencia del Consejo de Estado**

**1.1.-** Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75[[1]](#footnote-1) de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por su parte, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas:

*“Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:*

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las* ***entidades públicas*** *incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

*“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.*

*“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.*

*“Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.*

*“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001”.*

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes a la presunta ruptura del equilibrio económico del conato No. 000052 de 1998 celebrado entre la extinta Telecom y la Unión temporal J.E. JAIMES INGENIEROS LTDA., y V&P INGENIEROS CIA. LTDA.

Así las cosas, se precisa que la entidad contratante, Empresa Nacional de Telecomunicaciones, era una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 6 de 1943 y 83 de 1945 y los Decretos 1684 de 1947, 1233 de 1950, 1184 de 1965, 1635 de 1960 y fue reestructurada mediante Decreto 2123 de 1992.

Igualmente vale reiterarse lo que en varias oportunidades ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, en tratándose de la competencia para asumir el conocimiento de asuntos contractuales en los que fuera parte la extinta Telecom:

*“De conformidad con lo dispuesto por el artículo 82 del C.C.A., modificado por el artículo 1º de la ley 1107 de 2006, el Consejo de Estado es competente para conocer del presente recurso de anulación contra laudo arbitral, por cuanto fue proferido para dirimir un conflicto surgido con ocasión del contrato a riesgo compartido para la administración y gestión de teléfonos públicos, C-023-96 de 8 de agosto de 1996, en el que una de las partes, al momento de su suscripción, ostentaba el carácter de una entidad pública, esto es la Empresa Nacional de Telecomunicaciones TELECOM, entonces Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden nacional vinculada al Ministerio de Comunicaciones, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente, creada y organizada de acuerdo con las leyes 6ª de 1943 y 83 de 1945 y los Decretos 1684 de 1947, 1233 de 1950, 1184 de 1965, 1635 de 1960 y 3267 de 1963 y reestructurada mediante decreto 2123 de 1992”[[2]](#footnote-2).*

Durante el curso del proceso, el extremo pasivo fue representado por el Consorcio PAR Telecom, sucesor procesal de la extinta entidad demandada.

Hechas las anteriores precisiones, al margen del régimen legal de contratación que hubiere informado el contrato en cuestión, es del caso concluir que es esta Jurisdicción la competente para conocer de la presente controversia.

**1.2.-** También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de $239’370.934.32, monto que resulta superior a  la  suma  equivalente  a  500  S.M.L.M.V.  ($154’050.000)[[3]](#footnote-3), exigida en la Ley 954, promulgada el 28 de abril de 2005, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

**2. Procedencia y oportunidad de la acción.**

El presente debate versa sobre la presunta ruptura del equilibrio económico del contrato No. 000052 de 1998, celebrado entre Telecom y la Unión temporal J.E. JAIMES INGENIEROS LTDA., y V&P INGENIEROS CIA. LTDA., aspecto que al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., corresponde ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada.

Ahora bien, en orden a determinar la oportunidad de su interposición, la Sala precisa que, de conformidad con el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cómputo del término de caducidad de la acción contractual seguía las siguientes reglas:

*“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

*En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:*

*c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta; (…)”.*

En consonancia con lo anterior, resulta pertinente destacar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 6[[4]](#footnote-4) del Decreto 2123 de 1992, por medio del cual se restructuró la Empresa Nacional de Telecomunicaciones-Telecom, el régimen jurídico de los contratos celebrados por esa entidad sería el contenido en las normas del derecho privado.

Así lo ha considerado la jurisprudencia de esta Corporación al precisar:

*“Observa la Sala, en primer lugar, que el contrato celebrado entre las partes del proceso arbitral, el 15 de enero de 1999, es de carácter estatal, conforme a lo dispuesto en los artículos 1º, 2º y 32 de la Ley 80 de 1993. Se trata de un contrato celebrado entre una entidad estatal, Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom (folios 509 a 526, cuaderno 4) y una sociedad particular, Empresa de Telecomunicaciones del Llano E.S.P S.A. La Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, como empresa de servicios públicos domiciliarios, era de aquellas que el artículo 14, numeral 14.5, de la Ley 142 de 1994, define como ‘Empresa de Servicios Públicos Oficial, en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquélla o éstas tienen el 100 % de los aportes’. Siendo ello así, los contratos celebrados por dichas empresas tienen el carácter de especiales, dado que no se les aplica el régimen de la Ley 80 de 1983, sino del derecho privado”[[5]](#footnote-5).*

Establecido lo anterior, para la Sala conviene reiterar en esta oportunidad la posición jurisprudencial de esta Corporación en torno al tema del cómputo de caducidad en los contratos estatales sometidos al régimen del derecho privado:

 *“****Por oposición al criterio del a quo, esta Sala considera que el contrato sub iudice no requería liquidación, porque su régimen sustantivo era el derecho privado, y no la ley 80 de 1993, que exige que los contratos de tracto sucesivo se liquiden, bien de manera bilateral o unilateralmente. De modo que si el contrato de agencia comercial sub iudice lo celebró una entidad que no se rige por la ley 80, mal puede pedirse que cumpla con exigencias propias de la ley 80 de 1993 –arts. 60 y 61-****.*

*“****Además, no sobra indicar que las partes tampoco pactaron esta posibilidad, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, luego no existe razón para exigir la liquidación bilateral de un contrato que no requiere de este trámite. Y con mayor razón se debe reprochar que el tribunal exija, inclusive, la liquidación unilateral, a falta de la bilateral, pues este poder extraordinario no lo contempla la ley civil ni comercial, luego no podría asumirlo la entidad estatal sin autorización legal. Por lo menos, deducirlo de la ley 80 o de la ley 1.150 de 2007 sería inadecuado****”[[6]](#footnote-6)* (Se destaca).

El contrato No. 000052, en cuya ejecución se habría presentado la alegada ruptura de equilibrio económico respecto de la cual se pretende su restablecimiento, fue celebrado el 17 de diciembre de 1998 entre Telecom y la Unión temporal demandante.

En la cláusula quinta del texto contractual, las partes acordaron:

*“****TÉRMINO DE EJECUCIÓN:*** *La duración del presente Contrato será de ocho meses contados a partir del acta de iniciación de los trabajos de mantenimiento. En todo caso su duración será hasta agotar el presupuesto asignado para el presente contrato”.*

Así mismo, en la cláusula octava se pactó que el contrato se liquidaría de común acuerdo entre las partes dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su finalización. De igual forma, se observa que aunque el plazo pactado en el contrato fue de 8 meses, lo cierto es que este término podía ser incluso menor o mayor en tanto su vigencia se ligó a una condición consistente en el agotamiento del presupuesto asignado, lo cual bien podía ocurrir antes o después de culminar ese período.

El acta de inicio se suscribió el 18 de septiembre de 1999.

De otro lado, se advierte que el contrato No. 000052 de 1998 se adicionó en dos oportunidades; la primera, suscrita el 10 de marzo de 1999, mediante la cual se acordó modificar la forma de pago y, la segunda se celebró el 9 de diciembre de 1999 con el propósito de incrementar el precio del contrato a un valor de $743’000.000.

El 13 de enero de 2000, las partes suscribieron el acta de liquidación parcial No. 014, en la cual se dejó constancia de que el saldo pendiente de amortizar por concepto de anticipo ascendía a $0. En ese mismo documento se consignó que el valor del contrato pendiente por ejecutar ascendía a $1’494.877, es decir, 0,2% del presupuesto asignado.

Así las cosas, a pesar de que hasta ese momento no se había agotado el 100% del presupuesto del contrato No. 000052/98, pues quedaba pendiente de ejecutar un 0.2%, lo cierto es que no existe evidencia indicativa de que con posterioridad a esa fecha se hubiese continuado con la prestación del servicio o se hubieren adelantado las gestiones tendientes a ejecutar el presupuesto restante.

Esta situación permite concluir que a partir de entonces el cumplimiento de la condición estipulada para culminar el período de ejecución permaneció en un limbo jurídico, que en modo alguno podía perdurar en suspenso o prolongarse de manera indefinida[[7]](#footnote-7).

Así pues, desde el 13 de enero de 2000, fecha en la cual se suscribió la última acta de liquidación parcial, las partes tenían cuatro meses para lograr la liquidación bilateral definitiva del vínculo negocial, según lo acordaron. Este último plazo vencía el 14 de mayo de 2000, por lo cual los dos (2) años de caducidad de la acción contractual, contados desde entonces, en principio, se habrían de cumplir el 14 de mayo de 2002.

En este punto, cobra relevancia señalar que el 22 de marzo de 2002, la parte actora presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 12 Judicial Administrativa, trámite que culminó el 4 de junio del mismo año, tras haberse expedido la respectiva constancia por el Ministerio Público, en cuyo contenido se registró que el trámite se declaró fallido por ausencia de ánimo conciliatorio.

A este respecto debe tomarse en consideración que, según los mandatos del artículo 21 de la Ley 640 de 2001, el término de caducidad de la acción se suspendería desde el recibo de la solicitud de conciliación prejudicial en la Procuraduría, sin que dicha suspensión pudiera exceder de tres (3) meses, atendiendo a las siguientes reglas:

*“****ARTICULO 21****. Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”.*

Así pues, aun cuando el término de caducidad para interponer la presente demanda inicialmente vencía el 14 de mayo de 2002, el 22 de marzo del mismo año se produjo la interrupción de su cómputo por cuenta de la presentación de la solicitud conciliatoria, la cual se prolongó hasta el 4 de junio de 2002, fecha en que la Procuraduría expidió la certificación a la cual se hizo anterior mención.

A partir del día siguiente de esta última fecha se reanudó el cálculo de los 30 días restantes que faltaban -a la fecha de presentación de la solicitud de conciliación- para completar los dos años de caducidad, los cuales finalmente vencieron el 18 de julio de 2002.

En consecuencia, al haberse interpuesto la demanda el 28 de junio de 2002, la Sala concluye que la acción se ejerció dentro del término legalmente establecido.

**3. Legitimación en la causa**.

La Sala encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa a las sociedades J.E. JAIMES INGENIEROS S.A., y V&P INGENIEROS CIA. LTDA., para integrar el extremo demandante, en su condición de miembros de la unión temporal contratista dentro del negocio jurídico No. 000052/98 en cuyo desarrollo se produjo la supuesta ruptura del equilibrio económico que constituye la materia de reclamación.

Igualmente halla la Sala legitimada en la causa por pasiva a Telecom, representada por el Consorcio Par Remanentes Telecom, dada su condición de entidad contratante del negocio jurídico presuntamente alterado por la ruptura de su equilibrio económico.

**4. Las pruebas aportadas al proceso.**

**4.1. Documentales.**

Al proceso se aportaron válidamente los siguientes documentos:

**4.1.1.** Solicitud de cotización para el mantenimiento preventivo y correctivo de la planta externa en la zona A del proyecto Telecom Capitel, elevada en el mes de noviembre de 1998 por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (fls. 6- 67 c2).

**4.1.2.** Anexo No. 5 de la invitación, correspondiente al valor del mantenimiento de las líneas de abonado alambradas y líneas telefónicas inalámbricas, diligenciado por el oferente Unión temporal J.E. Jaimes Ingenieros Ltda. – V&P (fls.118 c2).

**4.1.3.** Anexo No. 19 de la invitación, diligenciado por el oferente Unión Temporal J.E. Ingenieros Ltda. – V&P, correspondiente al resumen general de precios según los anexos Nos. 4, 5, 6 y 7 a partir de los cuales se obtendría el valor total de la propuesta(fl.102 c2).

**4.1.4.** Oficio No. 0195000-001952 del 14 de diciembre de 1998 por el cual el Vicepresidente de Telefonía de Capitel informó a la Unión temporal J.E. Jaimes Ingenieros – V&P Ingenieros Cia Ltda., que revisada la oferta por ellos presentada Telecom decidió contratar con esa unión el mantenimiento preventivo y correctivo de la planta externa para la zona A del proyecto Telecom-Capitel por una valor $680’000.000.00 (fls. 365-367 c2).

**4.1.5.** Contrato No. 000052 suscrito el 17 de diciembre de 1998 entre Telecom y la Unión temporal J.E. Jaimes Ingenieros Ltda. – V&P Ingenieros Cia Ltda., con el objeto de adelantar el mantenimiento preventivo y correctivo de la instalación de líneas inalámbricas y el resto de la infraestructura de la planta externa, la ejecución de los traslados de las líneas telefónicas alambradas e inalámbricas y el retiro de las líneas telefónicas alambradas e inalámbricas en la zona A del proyecto Telecom - Capitel (fls. 141-164 c2).

**4.1.6.** Acta de iniciación de trabajos correspondientes al contrato No.000052, suscrita el 18 de enero de 1999 por los extremos contractuales (fls. 171-174 c2).

**4.1.7.** Contrato adicional No. 1 al Contrato No. 000052 del 17 de diciembre de 1998, suscrito el 10 de marzo de 1999, por el cual se modificó la forma de pago mensual (fls.165-167 c2).

**4.1.8.** Contrato adicional No. 2 al Contrato No. 000052 del 17 de diciembre de 1998, suscrito el 9 de diciembre de 1999, a través del cual se aumentó el valor del contrato a la suma de $743’000.000 (fls. 168-170 c2).

**4.1.9** Orden de pago No. 0018718 de fecha 19 de diciembre de 1998, expedida por Telecom en favor de la Unión temporal J.E. Jaimes Ingenieros Ltda. – V&P Ingenieros Cia Ltda., por valor de $168’000.000.0 por concepto de anticipo correspondiente al contrato No. 000052/98 (fls. 30 c3).

**4.1.10** Oficio del 5 de enero de 2000 por el cual la unión temporal contratista reclamó a Telecom el reconocimiento de los costos reales en que incurrió por la ejecución del contrato No. 000052/98 (fls. 436-439 c2).

**4.1.11.** Oficios Nos. 0195300-0034, 00195300-00119, 11180000-000074 y 11180000-002090, fechados el 31 de enero de 2000, el 13 de marzo de 2000, el 25 de enero de 2001 y el 17 de octubre de 2000, mediante los cuales TELECOM negó el reconocimiento del desequilibrio económico del contrato No. 000052/98 solicitado por la contratista bajo la consideración de que la entidad no debía pagar con sustento en proyecciones estimadas, sino de acuerdo con el número real de líneas en servicio (fls. 181-199 c2).

**4.12.** Actas de liquidación parcial del contrato No. 000052 suscritas por las partes entre marzo de 1999 y enero de 2000, en cuyo contenido se dejó constancia del período a liquidar, del valor ejecutado, del valor pagado al contratista y del número de líneas puestas en servicio (fls. 521-590 c2).

**4.2. Prueba pericial.**

**4.2.1.** Dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia, ingeniero Jaime Mauricio Arboleda López, a petición de la parte actora, con el fin de determinar *“la diferencia entre el valor del contrato No. 0052, (…) en las condiciones previstas en los términos de referencia, en la oferta y en el contrato, frente al valor que financieramente representa ejecutar dicho contrato teniendo en cuenta el aumento del término de ejecución y la disminución del número de líneas instaladas*” (c5).

**5.- Algunas precisiones en torno a los institutos del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual. Causas y consecuencias.**

Tomando en consideración que la presente reclamación tiene como fundamento la supuesta ruptura del equilibrio económico del contrato No. 000052/98, ocurrida, según afirma la parte actora, como consecuencia del incumplimiento de la entidad pública respecto de las proyecciones acerca del número de líneas telefónicas puestas en servicio sobre las cuales recaería el objeto del contrato para efectos de hallar su valor total, la Sala advierte la necesidad de realizar algunas puntualizaciones sobre el particular, con el fin de determinar el tratamiento jurídico que debe dispensarse para resolver el caso concreto.

En distintas oportunidades esta Sala se ha ocupado de delimitar el alcance y el contenido de las figuras del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual, con el inequívoco propósito de precisar que, pese al tratamiento similar que se les ha brindado por diferentes sectores de la academia, la doctrina y la jurisprudencia, lo segundo no constituye una causa de lo primero.

En efecto, no han sido pocos los pronunciamientos de este Subsección en los cuales se ha enfatizado que la conservación del sinalagma prestacional propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y que le sirvieron de cimiento a la misma.

En ese sentido ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos a las partes cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como “*Hecho del Príncipe*” o “*Ius variandi”,* dependiendo de la entidad de donde emanen, pero que no se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante.

Igualmente, el legislador ha establecido que dicha equivalencia debe garantizarse a ambas partes, en tanto no constituye un privilegio exclusivo del contratista particular.

Ahora bien, este acontecimiento dará lugar a que la parte afectada solicite a su co-contratante la adopción de los mecanismos de ajuste y revisión de precios, así como la implementación de los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución del contrato.

En esa misma dirección, cuando el contratista, en su condición de afectado, acude ante la entidad pública con el propósito de que se le restablezca el equilibrio económico del contrato, alterado por algunas de las causas señaladas, el Estatuto de Contratación Estatal ha consagrado que ante la ausencia de respuesta expresa por parte de la Administración, podría eventualmente tener cabida la configuración del silencio administrativo positivo, siempre que se reúnan los supuestos establecidos en las disposiciones legales que lo consagran y cuyo alcance ha sido materia de precisión por la jurisprudencia de esta Corporación[[8]](#footnote-8). En todo caso la parte afectada podrá acudir a la instancia judicial en búsqueda del restablecimiento de la ecuación económica fracturada.

Sumado a lo anterior, cabe destacar que el instituto del equilibrio económico del contrato no corresponde a una figura privativa de los negocios jurídicos gobernados por el derecho público, dado que, por vía de principio, está llamado a imperar todas las relaciones negociales bilaterales, con independencia del régimen jurídico que las informe. Así lo explicó esta Sala al indicar:

*“Ahora bien, sea que se trate de un contrato estatal sometido al imperio del Estatuto de Contratación Estatal o sea que se trate de aquellos que por corresponder a una regla de excepción a su aplicación, como ocurre en el caso que ahora se examina, se encuentre sometido a las normas del derecho privado o a disposiciones especiales, lo cierto es que la equivalencia económica de las prestaciones contractuales constituye un principio medular que se encuentra inmerso en la legislación en materia de contratación estatal y que además lo recogen varias disposiciones del aludido derecho privado[[9]](#footnote-9), razón por la cual debe estar presente en todas las relaciones negociales[[10]](#footnote-10), máxime cuando uno de los extremos que la integran es una entidad de naturaleza estatal por cuya intervención se desprende que el negocio envuelve una finalidad pública, de manera que por vía de principio el equilibrio económico del contrato también está llamado a permear las relaciones contractuales sometidas al régimen de los particulares[[11]](#footnote-11) en donde una de ellas sea una persona jurídica de derecho público”[[12]](#footnote-12).*

Contrario seunsu, el incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato.

Cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico.

Así mismo tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación estatal y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral[[13]](#footnote-13).

Como se aprecia, el incumplimiento se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos co-contratantes que, de manera injustificada se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulados.

Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y desde esa perspectiva, la parte cumplida podrá acudir a la jurisdicción en procura de obtener la resolución del vínculo obligación, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados.

Así mismo, la ocurrencia del supuesto de incumplimiento del particular, al tenor de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, faculta a la entidad estatal contratante a declararlo mediante acto administrativo motivado con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el acuerdo.

Siguiendo con el estudio del tema, se recuerda que esta Subsección se ha ocupado de puntualizar las múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, así como los efectos que de uno y otro caso se desprenden:

*“Para la Sala los supuestos de hecho alegados no son constitutivos de ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato, sino del incumplimiento contractual.*

*“La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.*

*“La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina ‘hecho del príncipe’, y ‘potestas ius variandi’ (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada ‘teoría de la imprevisión’ y paralelamente en la ‘teoría de la previsibilidad’. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.*

*“El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento general la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.*

*“(…)*

*“Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no solo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno u otro caso.*

*“En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos casos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo dispone el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998”[[14]](#footnote-14).*

Ahora bien, aunque como queda claro las figuras analizadas obedecen a causas diferentes y tienen consecuencias distintas, la jurisprudencia de esta Subsección ha reconocido que en algunas oportunidades las decisiones judiciales han adoptado posturas que permiten identificar impropiamente el incumplimiento contractual como causa de la ruptura económica del contrato:

*“Realizadas las anteriores precisiones conceptuales en torno a la figura del restablecimiento del equilibrio económico, conviene agregar que el tratamiento jurisprudencial en torno al tema de incumplimiento contractual, como causal generadora de la ruptura del equilibrio económico del negocio jurídico, ha sido pendular en cuanto en veces se han adoptado posturas que permiten que su ubicación se radique en el terreno de la responsabilidad contractual[[15]](#footnote-15) aceptando así la inobservancia del contenido obligacional de uno de los extremos contratantes como causa eficiente de dicho quebranto, mientras que en otras tantas se ha hecho y mantenido la distinción para efectos de identificar el equilibrio económico y su ruptura como un fenómeno ajeno por completo a las nociones de incumplimiento y/o de responsabilidad contractual[[16]](#footnote-16).*

*“Sin embargo, esta disparidad en modo alguno ha obedecido al arbitrio del fallador, comoquiera que ha sido la misma legislación la que quizá sin propiedad o de manera equívoca, se ha ocupado de identificar el incumplimiento contractual como una de las causas generadoras de la ruptura del equilibrio económico del contrato; en ese sentido, el tenor literal del numeral primero del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 establece que “si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.*

*“(…)*

*“Para la Sala, en estricto rigor, aun cuando las normas vigentes propician ese tratamiento indiscriminado de la figura del incumplimiento contractual como una de las génesis del desbalance de la ecuación contractual, imperativo resulta puntualizar, una vez más, que el instituto del equilibrio económico en materia de contratación estatal tiene y ha tenido como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo”[[17]](#footnote-17).*

De cualquier modo, en atención al principio constitucional que impone la prevalencia de lo sustancial sobre la forma, corresponderá al Juez de la causa determinar en cada caso concreto desde cuál óptica debe emprenderse el respectivo análisis.

Descendido lo anterior al caso concreto, la Sala evidencia que a pesar de que, tanto en el libelo introductorio como en el recurso de apelación, la parte actora reiteradamente sostuvo que el supuesto fáctico de su reclamación se apoyaba en la ruptura del equilibrio del contrato No. 0052/98, lo cierto es que el hecho generador de esa situación obedeció, en esencia, a la inobservancia de las obligaciones supuestamente contraídas por la entidad pública, que se encontraban contenidas en la invitación a cotizar, se entendían incorporadas en el contrato y aludían a la proyección del número de líneas telefónicas que debían ponerse en servicio y con base en las cuales se obtendría el valor unitario del mantenimiento contratado.

Esta circunstancia, en criterio de la parte actora, constituyó una clara inobservancia del principio de planeación, pues, mientras la entidad invitó a cotizar el mantenimiento y la reparación de líneas telefónicas por un plazo determinado, con base en una proyección de número de líneas que se pondrían en servicio, la realidad contractual reveló que esa cifra fue muy inferior a la prevista por la entidad y con sustento en la cual se estructuró el precio de la oferta.

Así las cosas, para la Sala emerge con claridad que lo que en realidad se encuentra en discusión, más allá de corresponder a un evento de ruptura del equilibrio económico del contrato, obedece a un caso en el cual se atribuye responsabilidad al ente público por incurrir en incumplimiento contractual de las obligaciones contenidas en el texto de la invitación a cotizar, de tal suerte que es desde esta última perspectiva desde la cual debe emprenderse el análisis relativo a ese punto.

**5.- De los hechos probados.**

Se encuentra acreditado en el plenario que, en el mes de noviembre de 1998, Telecom formuló una invitación con el objeto de que los interesados presentaran cotización para “*Contratar el Mantenimiento Preventivo y Correctivo de las líneas de abonado alambradas y líneas inalámbricas y el resto de la infraestructura de la Planta Externa, la ejecución de los traslados de líneas telefónicas alambradas e inalámbricas y el retiro de las líneas telefónicas alambradas e inalámbricas en la zona A del proyecto Capitel de Telecom”.*

En el capítulo 3.0, denominado generalidades, Telecom advirtió que contaba en la actualidad con un número aproximado de 25.000 líneas telefónicas en servicio y esperaba un aumento de 3.000 líneas mensuales para un proyecto final de 110.00 líneas telefónicas en la zona.

En el numeral 1.13., la entidad consignó que la referida invitación contaba con un presupuesto oficial estimado de $680’000.000.oo, sin que fuera posible evaluar las propuestas que superaran esa cuantía

Así mismo, al referirse al precio del contrato, en el numeral 2.1. de la invitación, la entidad estableció que los precios deberían ser fijos e invariables desde la fecha de la cotización hasta la fecha de la terminación del contrato.

En relación con la metodología que debía implementarse para calcular el valor del contrato, en el numeral 2.3 se dispuso:

*“El valor del contrato será el valor estipulado en el Resumen General de Precios Anexo No. 19 el cual no podrá ser superior al valor del presupuesto oficial destinado al contrato, y se obtiene como el resultado de sumar los siguientes valores totales parciales:*

* *El valor total de Materiales y Mano de Obra por Daños al resto de la infraestructura de Planta Externa Alambrada e Inalámbrica se calcularía como un porcentaje del valor total del Anexo No. 05. TELECOM sugiere tomar un porcentaje del 10% con relación al valor total del Anexo No. 05.*
* *El valor total del Mantenimiento de las líneas de abonado Alambradas y líneas telefónicas inalámbricas en servicio, tomado del Anexo No. 05”.*

La anterior invitación a su vez estuvo integrada por varios anexos, dentro de los cuales se encontraba el número 5 en cuyo texto se lee lo siguiente (fl. 68 c2):

*“Anexo No. 5*

*Valor Mantenimiento de las Líneas de Abonado Alambradas y Líneas Telefónicas Inalámbricas en Servicio.*

*ZONA A TELECOM – CAPITEL*

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| *Período* | *Proyección de Líneas 1.999* | *Valor Mantenimiento Línea Telefónica + factor utilidad ()* | *Valor I.V.A. 16% (sobre el valor total)* | *Valor Total Mantenimiento + I.V.A. 16% (sobre el valor total)* |
| *Ene-99* | *31,000* |  |  |  |
| *Feb-99* | *34,000* |  |  |  |
| *Mar-99* | *37,000* |  |  |  |
| *Abr-99* | *40,000* |  |  |  |
| *May-99* | *43,000* |  |  |  |
| *Jun-99* | *46,000* |  |  |  |
| *TOTAL* | *X* |  |  | *Y* |
|  |  |  |  | *Z* |

*X= Suma de la Proyección de Líneas.*

*Y= Suma del valor Total del Mantenimiento de Líneas Telefónicas*

*Z= Y/X Valor por Línea*

*Nota: El Valor del mantenimiento de las líneas de abonada ‘Z’ será el valor fijo unitario e invariable durante la vigencia del Contrato y que se tomará como los pagos respectivos de este ítem”.*

Como se desprende del anterior cuadro, el referido anexo contenía las variables a partir de las cuales resultaría el valor unitario del mantenimiento por línea. Dentro de las mismas se encontraba el período de ejecución que comprendía el mes de enero al mes de junio de 1999 y la proyección del número de líneas instaladas y las que se instalarían en ese lapso, mes a mes, a razón de 3000 líneas mensuales.

En consonancia con lo anterior, se observa que en el literal a) del numeral 2.4.2, de la invitación, relativo a la forma de pago, se dispuso que la liquidación del valor mensual sería el resultado de multiplicar el valor fijo unitario por concepto de mantenimiento de líneas de abonado alambradas e inalámbricas (valor z del anexo 5), por la cantidad de líneas telefónicas en servicio del mes anterior.

De otra parte, en ese mismo documento se estableció que la duración del contrato se estimaba en 6 meses, pero, en todo caso, el plazo estaría determinado por el agotamiento de valor.

Con base en lo anterior, la parte demandante presentó su propuesta en la cual calculó como valor unitario para el ítem de mantenimiento por línea la suma de $2.169, suma que luego de ser corregida aritméticamente por el Comité Evaluador de la entidad correspondió a la suma de $2.163[[18]](#footnote-18).

Mediante oficio del 14 de diciembre de 1998 la Vicepresidencia de Capitel informó a la Unión temporal J.E. Jaimes Ingenieros – V&P Ingenieros Cia Ltda., que Telecom había decidido contratar con esa unión el mantenimiento preventivo y correctivo de la planta externa para la zona A del proyecto Telecom- Capitel.

Como resultado de lo anterior, el 17 de diciembre de 1998 Telecom y la Unión temporal J.E. Jaimes Ingenieros Ltda. – V&P Ingenieros Cia Ltda., suscribieron el contrato No. 000052/98.

De sus cláusulas, se destacan las siguientes:

En la cláusula tercera, las partes convinieron su valor al siguiente tenor:

*“TERCERA: VALOR: El valor total del contrato será la suma de seiscientos ochenta millones de pesos ($680’000.000). Los precios unitarios son los siguientes: Valor/línea mes 2.163. Valor/traslado línea $34.371. Valor/ retiro de línea $6366. Los precios anteriores incluyen IVA. Los precios unitarios para el mantenimiento de la infraestructura serán los estipulados en el anexo 4 correspondiente, los cuales contienen el AIU. PARAGRAFO. El valor de la adjudicación se establece con base en las siguientes consideraciones: a) El valor de $680’000.000 M/C se encuentra dentro del presupuesto oficial para esta contratación. b) La propuesta presentada se evaluó por precios unitarios resultando inferiores a los utilizados por Telecom para la estimación presupuestal. C) La duración del contrato se estimó en la solicitud de cotización en seis (6) meses, pero de acuerdo con la evaluación de los valores ofertados se estima que la duración puede ser de ocho (8) meses, en todo caso será hasta agotar el valor del contrato”.*

Y, una vez más, en cuanto a la duración del contrato las partes estipularon que sería de ocho (8) meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio de trabajos de mantenimiento, pero se reiteró que, en todo caso, su plazo de ejecución correría hasta agotar presupuesto.

El 18 de enero de 1999 la contratista inició la ejecución de los trabajos de mantenimiento.

Después de tres meses de haber iniciado los trabajos de mantenimiento, el 10 de marzo de 1999, las partes celebraron el contrato adicional No. 01 al contrato No. 000052/98, a través del cual acordaron modificar la forma de pago, como sigue:

*“El numeral 2.4.2, literal a) de la solicitud de cotización para el mantenimiento preventivo y correctivo de la planta externa de la zona del proyecto Capitel quedará así: Para efectos de calcular el valor mensual se deberá seguir el siguiente procedimiento de liquidación: se calcula como la sumatoria de los siguientes ítems a) Mantenimiento de las líneas de Abonado Alambradas y Líneas Telefónicas Inalámbricas: será el resultado de multiplicar el valor fijo e invariable unitario por concepto del Mantenimiento de las líneas de Abonado Alambradas y líneas inalámbricas (valor Z del Anexo No.05) por la cantidad de líneas telefónicas certificadas en estado 6 del SAT en el mes inmediatamente anterior, el total de líneas telefónicas en Estado 6 será el certificado por la asistencia comercial de la vicepresidencia de telefonía Bogotá con base en datos SAT”.*

Posteriormente, el 9 de diciembre de 1999 las partes suscribieron el contrato adicional No. 2 al contrato No. 000052/98, con el fin de aumentar su valor a la suma de $743’000.000.

Durante el período de ejecución del convenio, la Unión temporal contratista elevó varias solicitudes ante Telecom con el fin de que le reconociera los costos previstos, de acuerdo con la infraestructura que se tuvo en funcionamiento, según los términos de la invitación.

Uno de ellas fue la petición formulada el 5 de enero de 2000, en la cual la contratista manifestó:

*“Debido a que no se cumplió la proyección establecida por Telecom en los Pliegos de condiciones respecto al crecimiento de las líneas en servicio, en 3.000 líneas mensuales, iniciando en el mes de enero 99 con 31.000 líneas, y que ésta fue una premisa básica para el cálculo del valor promedio del mantenimiento por línea, es lógico que tampoco se van a obtener los ingresos esperados y es por esta razón que planteamos el reconocimiento de los costos de acuerdo con la infraestructura que se tuvo en funcionamiento según los requisitos de los pliegos de condiciones y los cálculos hechos en nuestra oferta, puesto que estos costos no se vieron compensados en ningún (sic) forma. (…).*

*“Resumiendo de acuerdo con las proyecciones establecidas por Telecom se ha debido facturar en los 8 meses la suma de $839’480.400 (total ítem 1.6 Anexo A).*

*“La facturación real en los 8 meses fue de $510’272.488 (total ítem, 2.6 Anexo A).*

*“La diferencia antes de IVA en el plazo del contrato, 18 de enero a 18 de septiembre /99, es de $257’010.443 (total ítem 4.2).*

*“Como no se tuvieron todos los recursos que se proyectó aumentar de acuerdo con el aumento de líneas, se debe descontar los costos de esos recursos que no se causaron (total 5 Anexo B) o sea $130’394.490 antes de IVA.*

*“Por consiguiente el valor de nuestra reclamación es la diferencia entre los valores no recibidos $257’010.443 y los costos no causados $130’394.490, o sea la suma de $126’615.953.*

*“Creemos haber dejado demostrado que el Contratista cumplió durante todo el desarrollo del contrato con todos y cada uno de los componentes de la administración, pero que Telecom al no cumplir con el número de líneas proyectado, creó desequilibrio económico del contrato y por esta razón solicitamos el reconocimiento de los anteriores costos”.*

En respuesta a las distintas reclamaciones elevadas por la contratista, Telecom manifestó que no se había presentado desequilibrio económico alguno del contrato, en tanto su valor se había pactado por el sistema de precios unitarios que no se encontraba ligado al cumplimiento de proyecciones y, por el contrario, la utilidad obtenida había superado el porcentaje inicialmente previsto.

En desarrollo de la ejecución del contrato, las partes suscribieron 13 actas de liquidación parcial del contrato, cuyo contenido se condensa en el siguiente cuadro:

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| No. del Acta[[19]](#footnote-19)  | No. de la liquidación | Fecha  | Período liquidado | Valor de lo ejecutado  | Suma pagada al contratista  | Saldo del contrato  | Número de líneas en servicio  |
| 2 | Primera liquidación  | 15 de marzo de 1999 | 18 al 31 de enero de 1999 | $23’055.979 más IVA | $18’721.455 previa deducción del 30% de amortización del anticipo | $653’255.063 | 27.379 |
| 3 | Segunda liquidación  | 15 de marzo de 1999 | 1 al 28 de febrero de 1999 | $56’112.383 más IVA | $45’563.255 previa deducción del 30% de amortización del anticipo | $588’164.698 | 27.648 |
| 4 | Tercera liquidación  | 6 de abril de 1999 | 1 al 31 de marzo de 1999 | $59’199.159 más IVA | $48’069.717 previa deducción del 30% de amortización del anticipo  | $519’493.673 | 28.516 |
| 5 | Cuarta liquidación  | 12 de mayo de 1999 | 1 al 30 de abril de 1999 | 51’500.103 más IVA | $28’038.023 previa deducción del 30% de amortización del anticipo  | $473’636.670 | 25.594 |
| 6 | Quinta liquidación  | 3 de junio de 1999 | A al 31 de mayo de 1999 | $59’115.860.66 más IVA | $47’029.979 previa deducción del 30% de amortización del anticipo | $406’450.985 | 25.801 |
| 7 | Sexta liquidación | 1 de julio de 1999 | 1 al 30 de junio de 1999 | $54’747.433 más IVA | $43’895.172 previa deducción del 30% de amortización del anticipo  | $343’743.596 | 26.070 |
| 8 | Séptima liquidación  | 4 de agosto de 1999 | 1 al 31 de julio de 1999 | $55’863.558 más IVA | $44’716.042 previa deducción del 30% de amortización del anticipo | $279’863.536 | 26.346 |
| 9 | Octava liquidación  | 2 de septiembre de 1999 | 1 al 31 de agosto de 1999 | $57’791.410 más IVA  | $45’791.410 previa deducción del 30% de amortización del anticipo  | $214’447.236 | 26.853 |
| 10 | Novena liquidación  | 2 de octubre de 1999 | 1 al 30 de septiembre de 1999 | $56’310.191 más IVA | $45’293.207 previa deducción del 30% de amortización del anticipo | $149’742.653 | 27.399 |
| 11 | Décima liquidación | 2 de noviembre de 1999 | 1 al 30 de octubre de 1999 | $60’365.684 más IVA  | $48’246.539 previa deducción del 30% de amortización del anticipo  | $80’819.026 | 27.722 |
| 12 | Décima primera  | 1 de diciembre de 1999 | 1 al 30 de noviembre de 1999 | $54’589.450 más IVA  | $43’875.176 previa deducción del 30% de amortización del anticipo | $18’140.202 | 27.971 |
| 13 | Décima segunda | 13 de enero de 2000 | 1 al 31 de diciembre de 1999 | $59’806.840 más IVA | $66’994.352 previa deducción de la suma de $1’380.181 por amortización de anticipo  | $12’765.668 | 28.401 |
| 14 | Décima tercera | 13 de enero de 2000 | 1 al 5 de enero de 2000 | $9’949.613 sin IVA | $11’270.790[[20]](#footnote-20) | $1’494.877 | 29.038 |

De lo expuesto se desprende que al finalizar la ejecución del contrato, esto es, un año después de iniciar los trabajos de mantenimiento existían 29.038 líneas telefónicas en servicio y que al contratista se le pagó la suma de $741’505.123, es decir, una cuantía equivalente el 99.80% del valor del contrato.

**6.- Análisis del recurso.**

Indicó la parte actora que la entidad contratante incumplió con las proyecciones previstas en la invitación a cotizar, en relación con el número de líneas que se planeaba instalar, pues aun cuando en el documento precontractual se estableció una cantidad determinada de líneas que habrían de ponerse en servicio, con base en las cuales habría de calcularse el valor total del contrato, durante su ejecución la cantidad de líneas instaladas fue muy inferior a la prevista. Esta circunstancia, en criterio de la recurrente, contravino el principio de planeación al que debía ceñirse la entidad pública durante la etapa precontractual

Por otro lado, agregó que el plazo del contrato excedió el término de 6 meses establecido en la invitación, con lo cual la entidad inobservó lo consignado en el documento precontractual.

Finalmente, indicó que la ocurrencia de las dos situaciones anteriormente descritas hizo más gravosa la ejecución del contrato y, con base en ello, solicitó que se realizara su liquidación judicial, incluyendo los valores que por concepto de condena habrían de reconocerse.

En ese orden procede la Sala a resolver los argumentos de la apelación:

6.1. De la existencia de la obligación de garantizar durante la ejecución del contrato No. 0052/98 el número de líneas telefónicas proyectado en la invitación a cotizar, a cargo de Telecom.

Del recorrido fáctico que se acaba de reseñar, resulta viable colegir que el sistema de precios previstos para estructurar la propuesta que atendiera la invitación a cotizar formulada por Telecom, para el mantenimiento preventivo y correctivo de la planta externa en la zona A del proyecto Telecom- Capitel, obedeció al de precios unitarios.

La implementación de este sistema de pago, según lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación de manera uniforme, obedece a la imposibilidad de establecer con exactitud, previamente a la ejecución del negocio jurídico, el valor total resultante de realizar la obra o prestar el servicio contratado, en cuanto se desconocen las cantidades requeridas.

En desarrollo de esta metodología, la entidad, tanto en los pliegos y términos de referencia como en el contrato, proyectó un cálculo de la cantidad o unidades de obra que se requerían ejecutar o de la cantidad de servicios que demandaría para que el proponente plasmara en su propuesta unos valores unitarios respecto de cada unidad de obra o servicio proyectado.

Siguiendo esa dirección, el valor final del contrato constituye el resultado de sumar todos los productos que a su vez se obtengan de multiplicar los precios unitarios por las cantidades efectivamente ejecutadas.

En el caso concreto ocurrió algo similar en cuanto a la adopción del precio del contrato, pues si bien para establecer el valor unitario intrínseco del mantenimiento y reparación de líneas se tuvo en consideración la proyección del número de líneas que en adelante se instalarían, lo cierto es que su valor final estaría determinado por la cantidad de líneas efectivamente puestas en servicio, cuestión que, además, como es natural, atendería a factores ajenos como la necesidad y demanda del servicio de telefonía por parte de los usuarios.

Así pues, ha de anotarse que la proyección del número de líneas a instalar durante la ejecución del contrato, consignada en el texto de la invitación formulada por Telecom, constituyó una aspiración que se esperaba materializar, pero cuya concreción en el plano cuantitativo resultaba incierta e imprecisa.

Lo advertido hasta ahora no permite sostener que la entidad hubiera inobservado el principio de planeación al que deben sujetarse todos los entes contratantes durante la etapa precontractual, como lo sugiere el censor.

Lo que ocurre es que el número de líneas que se esperaba poner en servicio era un aspecto cuya dimensión difícilmente podría ser determinada con exactitud por la entidad pública, en tanto la configuración del supuesto de viabilidad para cumplir el objeto del contrato, podría depender de otros factores externos que, como se anotó, corresponderían a la necesidad y demanda del servicio por parte de los administrados.

En ese orden de ideas, la proyección del número de líneas sobre las cuales recaería el mantenimiento y la reparación contratados no era un imperativo de estricto cumplimiento a cargo de la entidad estatal, dado que su inclusión en los documentos precontractuales consultó fines puramente estimativos en cuanto a las metas que se pretendían lograr.

Para la Sala el hecho de que durante la ejecución del contrato no se hubieran alcanzado las proyecciones consignadas en el documento contentivo de la invitación a cotizar, no conduce a afirmar que por esa circunstancia la entidad hubiera desatendido los compromisos incorporados en la invitación, habida consideración de que las aludidas proyecciones no tenían un contenido obligacional.

Lo expuesto hasta ahora impone concluir que no existía una obligación contractual a cargo de Telecom consistente en garantizar que durante el desarrollo del contrato No. 000052/98 se pusiera en servicio la cantidad de líneas telefónicas consignadas en el anexo 5 de la invitación, dado que esa cifra correspondió a una estimación incierta que podía o no materializarse.

Sin perjuicio de lo expuesto, tampoco evidencia la Sala que la cantidad de líneas proyectadas para poner en servicio hubiera resultado determinante para la formulación de la propuesta económica presentada por la parte actora.

En ese sentido se impone advertir que el valor consignado en la oferta[[21]](#footnote-21) elaborada por las demandantes para la ejecución del contrato fue de $551’642.216, suma inferior al precio que finalmente se pactó en el contrato $680’000.000 y que se anunció como presupuesto destinado para su ejecución desde que se formuló la invitación a cotizar.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el valor del contrato se pagó en su integridad a la contratista y también se reconoció en su favor la suma estipulada en su adición número 2, en cuantía de 63’000.000, quedando pendiente de ejecutar un saldo de $1’494.877 equivalente al 0.20% del valor del contrato[[22]](#footnote-22), es decir, que a la unión temporal se pagó en total la suma de $741’505.123, cuantía superior a la estimada en la propuesta.

Teniendo de presente este escenario, se advierte entonces que si en realidad la propuesta económica se hubiera supeditado al número de líneas puestas efectivamente en servicio, el valor del contrato no se hubiera agotado en su integridad en tanto, según quedó acreditado, el número de líneas en funcionamiento durante su ejecución fue inferior al consignado en la proyección del anexo 5.

En esa medida si el valor de la oferta hubiera dependido directamente de las líneas puestas en servicio, al contratista no se le habría pagado la totalidad del precio –suma superior a la contenida en la propuesta-, pues, se reitera, el número de líneas en servicio en el curso de la ejecución fue más bajo del estimado por la entidad.

Siguiendo esta misma línea, la Sala conviene la necesidad de apartarse de las consideraciones comprendidas en el dictamen rendido por el auxiliar de la justicia, Jaime Mauricio Arboleda López, quien, al referirse al cálculo del valor unitario consignado en la propuesta, sostuvo que “*esto implica que el valor unitario para ese ítem, es decir, Z toma como base la proyección de líneas definida por Telecom. Telecom al analizar la propuesta reconoció y validó esta metología y, por lo tanto aceptó que el precio unitario de este ítem dependía de la proyección de líneas”.*

A este respecto se destaca que la variable X del anexo No. 5 que identificó la suma de la proyección de líneas en servicio durante el primer semestre del año 1999, era una variable que no afectaba o incidía en el cálculo del valor unitario –variable Z-, si se tiene en consideración que de cualquier modo, con independencia de la cifra que por concepto de proyección de líneas se hubiera consignado, el valor unitario, atendiendo a la fórmula incorporada para hallarlo en el anexo No. 5 de la invitación, no se habría alterado en lo absoluto.

En efecto, se observa que el valor unitario registrado en el anexo No. 5 de la invitación diligenciado por el proponente demandante, se obtuvo de la siguiente manera:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Período  | Proyección de Líneas 1.999 | Valor Mantenimiento Línea Telefónica + factor utilidad (10%) | Valor I.V.A. 16% (sobre el valor total) | Valor Total Mantenimiento + I.V.A. 16% (sobre el valor total)[[23]](#footnote-23) |
| Ene-99 | 31,000 | 1,865 | 298 | 67.049.553 |
| Feb-99 | 34,000 | 1,865 | 298 | 73.538.219 |
| Mar-99 | 37,000 | 1,865 | 298 | 80.026.886 |
| Abr-99 | 40,000 | 1,865 | 298 | 86.515.552 |
| May-99 | 43,000 | 1,865 | 298 | 93.004.218 |
| Jun-99 | 46,000 | 1,865 | 298 | 99.492.885 |
| TOTAL | **231.000 =X** |  |  | 499.627.312=Y |
|  |  |  |  | **2.163[[24]](#footnote-24)** |

Ahora bien, en el supuesto hipotético de que la suma de la proyección de líneas hubiera sido distinta, de todas maneras el valor del precio unitario hallado a la luz de la fórmula del anexo No. 5, habría sido exactamente el mismo, según pasa a graficarse:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Proyección de Líneas 1.999** | Valor Mantenimiento Línea Telefónica + factor utilidad (10%) | Valor I.V.A. 16% (sobre el valor total) | Valor Total Mantenimiento + I.V.A. 16% (sobre el valor total) |
| **8,000** | 1,865 | 298 | 17’304.000 |
| **15,000** | 1,865 | 298 | 32’445.000 |
| **3,000** | 1,865 | 298 | 6’489.000 |
| **24,000** | 1,865 | 298 | 51’912.000 |
| **43,000** | 1,865 | 298 | 93’009.000 |
| **80,000** | 1,865 | 298 | 173’040.000 |
| **Total** |  |  | Total |
| **X= 173,000**  |  |  | Y =374’199.000  |
|  |  |  |  |

Así pues, aplicando la fórmula prescrita en el anexo No. 5 en donde Z (valor del precio unitario) = Y/X, se obtiene lo siguiente:

Z= $374’199.000

 173,000

Z= $2.163

En los términos expuestos quedan desvirtuadas las apreciaciones de la experticia en cuanto sostuvo que el valor del precio unitario dependió directamente de la proyección de líneas en servicio para el año 1999, pues con independencia de esta última cifra el precio unitario ofrecido por el proponente en su oferta no habría sufrido modificación alguna.

Con apoyo en todo lo expuesto, para la Sala el primer argumento de la apelación no está llamado a prosperar.

6.2. De la ampliación del término de ejecución a un plazo superior del contemplado en la invitación.

Otro de los motivos de reproche en los que se apoyó el demandante guarda relación con el plazo de ejecución del contrato inicialmente consignado en la invitación a cotizar y con el que finalmente tardó el cumplimiento de su objeto, circunstancia que se atribuye a la conducta de la entidad pública por haberlo ampliado de manera irreflexiva sin reconocer que ello acarrearía mayores costos para el contratista a los previstos en la oferta, relativos a mano de obra, materiales, herramienta y transporte, entre otros.

De entrada la Sala evidencia que los argumentos de inconformidad que en este punto se resuelven no tienen vocación de prosperidad.

Al respecto debe tenerse en cuenta que desde un inicio, esto es, desde la misma formulación de la invitación a cotizar, la duración del contrato se supeditó a la ocurrencia de una condición consistente en el agotamiento del presupuesto destinado para el cumplimiento de su objeto, tal cual quedó plasmado en su numeral 2.8.

De la lectura del referido numeral surge con claridad que aunque su duración se estimaba en 6 meses, en todo caso la misma estaría determinada por el agotamiento de su valor.

Se observa además que si bien, al suscribir el contrato No.000052/98 que resultó como producto de la invitación y de la presentación de la respectiva propuesta, en la cláusula quinta las partes acordaron que el plazo del contrato sería de ocho (8) meses, en todo caso, en esa misma cláusula se mantuvo intacta la condición relativa a que su duración se supeditaría de cualquier manera al agotamiento del presupuesto asignado.

Así mismo, la realidad fáctica revela que se cumplió con el supuesto de duración del contrato, toda vez que, en efecto, la prestación del servicio culminó cuando se ejecutó el 99.88% del valor convenido.

Ante este panorama, es de concluir que no le asiste la razón a la parte demandante cuando afirma que la entidad pública amplió el plazo de ejecución sin tener en consideración que ello alteraría los costos del contrato, cuando era la contratista la que desde un inicio debió tomar en cuenta que la oferta económica no podía estructurarse con base en un período fijo de duración.

De manera que mal haría la parte demandante en sujetar los costos del contrato a que su ejecución se desarrollara en un término fijo, cuando era de su pleno conocimiento y aceptación que la duración del mismo no dependería de un plazo cierto, sino del agotamiento de su precio, supuesto que bien podía darse en un plazo mayor o menor al término estimado.

Por lo expuesto, el punto de inconformidad resulta infundado.

6.3. De la liquidación en sede judicial.

Teniendo en cuenta que las pretensiones declarativas formuladas en la demanda no serán despachadas favorablemente, la misma suerte deben correr las pretensiones de condena que consecuencialmente se elevaron.

En esa línea, resulta innecesario proceder a liquidar judicialmente el contrato No. 00052/98 en la medida en que se no se evidencia la existencia de sumas o valores a incluir en el ajuste de cuentas, distintos a los contenidos en el acta de liquidación parcial No. 014 suscrita por las partes el 13 de enero de 2000, en la cual se dejó expresa constancia de que para esa fecha se había agotado el 99.88% del negocio jurídico, cuyo monto ya había sido reconocido al contratista.

Además, aun cuando con posterioridad a esa fecha las partes no procedieron a liquidar bilateralmente el contrato dentro de los cuatro meses convenidos en el texto contractual, lo cierto es que tampoco existen indicios a partir de los cuales sea posible inferir que el servicio se siguió prestando hasta agotar el 100% del valor estipulado y que exista alguna suma pendiente de reconocer.

Así las cosas, tras encontrar imprósperos los argumentos de la alzada, la Sala procederá confirmar la sentencia impugnada.

**7. Condena en costas.**

No hay lugar a la imposición de costas por cuanto no se evidencia en el subexamine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

##### F A L L A

**PRIMERO.- CONFIRMAR,** por las razones expuestas,la sentencia proferida el quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera- Subsección A.

**SEGUNDO.-** Sin condena en costas.

**TERCERO.-** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Artículo 75, Ley 80 de 1993. *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa”.* [↑](#footnote-ref-1)
2. Sección Tercera del Consejo de Estado, 10 de junio de 2009, expediente: 35288, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-2)
3. El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 28 de junio de 2002, correspondió a $309.000. [↑](#footnote-ref-3)
4. El texto legal es el siguiente:

### *“ARTICULO 6o. CONTRATOS. Salvo el contrato de empréstito, todos los demás contratos que celebre TELECOM para el cumplimiento de sus objetivos y funciones, se someterán al derecho privado y no requerirán autorizaciones o conceptos previos ni posteriores de organismos distintos a los de la entidad. El procedimiento para la formación, celebración, ejecución y terminación de los contratos se sujetará a las disposiciones comerciales y civiles pertinentes. No obstante lo anterior, para los contratos de obras públicas y suministro la administración podrá pactar las cláusulas exorbitantes.*

*“La competencia para la celebración de los contratos de la entidad corresponden a su representante legal, quién podrá delegar dicha facultad de acuerdo con lo previsto en sus estatutos”.*  [↑](#footnote-ref-4)
5. Sección Tercera del Consejo de Estado, 7 de octubre de 2004, expediente: 26725, C.P. Alier Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de diciembre 6 de 2010, Expediente No. 38344, C.P. Enrique Gil Botero, postura reiterada recientemente por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en decisión del 14 de octubre de 2015, proferida dentro del expediente número 48502, con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sobre el particular ver sentencia proferida el 26 de agosto de 2015, por la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación, dentro del expediente: 42.656, C.P.(E) Hernán Andrade Rincón. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia del 30 de marzo de 2000, expediente ACU-1199, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

*“En reiteradas oportunidades la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el alcance de la operancia de este fenómeno en materia contractual. Ha precisado que las pretensiones del contratista a que hace alusión la norma, deben contener de manera implícita un derecho que ya se encuentra consolidado en su favor (del contratista), y que en consecuencia es preexistente a la petición misma. En materia contractual, es evidente que las obligaciones de cada una de las partes intervinientes en el contrato, solo se originan en la ley, en el contrato mismo, en los convenios que se celebren con posterioridad a este o incluso dentro de su ejecución, en actos administrativos emanados de la entidad contratante, en los denominados ‘hechos del príncipe, en el incumplimiento contractual, en el delito, la culpa etc., pero no de la omisión de resolver peticiones. Así las cosas, es claro que no por el simple hecho de que la administración omita dar respuesta a una petición elevada por el contratista en la ejecución del contrato, el peticionario adquiera un derecho y la administración la obligación de satisfacerlo. Si bien es cierto, la ley 80 de 1993 dispuso que las peticiones elevadas por el contratista a la entidad contratante y no contestadas por esta en el término de tres meses desde la fecha de su presentación, dan lugar a la operancia de un silencio administrativo positivo, no lo es menos que quien pretenda reclamar el derecho surgido de dicho silencio, goce de este (el derecho) con anterioridad a la presentación de la petición (mediante la cual pretenda reclamarlo de la administración) y logre probarlo adecuadamente, configurándose consecuencialmente, la obligación para la administración de hacerlo efectivo”.* [↑](#footnote-ref-8)
9. Cita original de la referencia. *“ARTÍCULO 868. REVISIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión”.*

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea” (Código de Comercio). [↑](#footnote-ref-9)
10. Cita original de la referencia. BENITEZ CAORCI, Juan J. “La Revisión del Contrato”. Segunda Edición 2010. Editorial Temis Bogotá Pag. 71-72. “*A través de una referencia panorámica se detecta que la tutela del débil aparece como una de las más significativas líneas evolutivas del derecho civil contemporáneo. Por consiguiente ha surgido una nueva moral contractual mediante la intervención del juez en el contrato para hacer reinar un mínimo de equidad en las relaciones negociales. En el nuevo concepto de contrato, la equidad y la justicia vienen a ocupar el centro de gravedad en sustitución del mero juego de fuerzas volitivas e individualistas que en la sociedad de consumo, comprobadamente son llevadas al predominio, de la voluntad del más fuerte sobre el más vulnerable, resultando inaceptable el desequilibrio irrazonable de la ingeniería contractual, valorizándose el equilibrio intrínseco de la relación en su totalidad, redefiniéndose por tanto lo que es razonable en materia de concesiones del contratatante más débil permitiendo así la existencia de un equilibrio mínimo en la relación contractual*”. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cita original de la jurisprudencia en referencia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de febrero de 2012, Exp. 2006-00537, M.P. William Namén Vargas*.*

*“A la revisión del contrato mercantil refiere el artículo 868 del Código de Comercio, sin definirla. El aspecto para caracterizarla atañe a sus condiciones, requisitos o presupuestos y consecuencias normativas.*

*En torno a sus exigencias, delanteramente requiérese la existencia y validez del contrato. La inexistencia y la invalidez excluyen la teoría de la imprevisión y la revisión contractual por desequilibrio prestacional en tal virtud, sin perjuicio de los ajustes pertinentes en las prestaciones consecuenciales por nulidad.*

 *(…).*

*El artículo 868 del Código de Comercio, dispone la regla para contratos de ejecución sucesiva, escalonada, periódica o diferida, cuyas prestaciones se proyectan en espacio temporal distante a su celebración, y pueden afectarse por circunstancias sobrevenidas, previas a su cumplimiento futuro y terminación. Exceptúa los contratos aleatorios y los de ejecución instantánea. De suyo, los eventos alteradores de la simetría prestacional, han de acontecer después de celebrado el contrato, durante su ejecución y previamente a su extinción. Por esto, el precepto excluye el de ejecución instantánea, al agotarse en un solo acto coetáneo, simultáneo, sincrónico e inmediato con su existencia, coincidiendo celebración y cumplimiento. Empero, el contrato puede crear prestaciones instantáneas, otras sucesivas, y los contratantes podrán diferir el cumplimiento mientras no contradigan el tipo contractual, ni la ley lo prohíba, ad exemplum, en el mutuo la obligación a cargo del mutuario de restituir el préstamo y pagar intereses, puede ejecutarse al celebrarse o en lapso posterior. La revisión del contrato, en rigor se justifica por una prestación de cumplimiento futuro, cuya ejecución se hace después, en lapso ulterior a su existencia, así la determinación del desequilibrio prestacional o la excesiva onerosidad derive no de esa prestación unitaria sino de todo el contrato. Compréndase, entonces, la imposibilidad práctica de una alteración sobrevenida cuando la prestación se cumple o ejecuta al instante de su existencia, extinguiéndose en el mismo acto, también revisar o terminar lo que no existe. En torno a los contratos aleatorios, la realidad muestra la probable alteración sobrevenida de la equivalencia prestacional, o su excesiva onerosidad en el cumplimiento. Contraría la lógica descartar su presencia ulterior, en especial, tratándose de aleas anormales, ajenas o extrañas al tipo concreto de contrato aleatorio o a su estructura, disciplina legal o a la negociación, previsión, dosificación, distribución y asunción de los riesgos. En estos eventos, procede corregir toda alteración ulterior, imprevista e imprevisible, por fuera o más allá del riesgo propio o alea normal de estos negocios, naturalmente no bajo la regla comentada sino a través de los otros mecanismos singulares (v. gr., la revisión ex art. 1060 del C. de Co, en el seguro), ya los inherentes a la definición o regulación del tipo contractual específico, ora los generales de la buena fe, la equidad y justicia contractual, por cuanto en ningún contrato puede imponerse a una parte soportar al infinito todos los riesgos, menos los anormales so pretexto de la incertidumbre prestacional, el azar, albur o contingencia.*

*Dentro de los requisitos, está la sobreviniencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional. Han de acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato. La sobreviniencia de las circunstancias es inmanente al cambio o mutación del equilibrio prestacional en la imprevisión. Las causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada, no obstante otra percepción (p.ej., art. 6.2.2, “(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;” Principios Unidroit, 2010), envuelven desequilibrio congénito, y escapan a la revisión ex artículo 868 del Código de Comercio, a cuyo tenor se autoriza cuando son “posteriores a la celebración de un contrato”.*  [↑](#footnote-ref-11)
12. Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 27 de noviembre de 2013, expediente: 31.431, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-12)
13. Sobre el particular consultar sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 22 de agosto de 2013, dentro del expediente No. 22.947, C.P: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sección Tercera Subsección A, Consejo de Estado, 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Becerra. [↑](#footnote-ref-14)
15. Original de la cita: Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia del 15 de febrero de 1999, Exp. 11194, C.P Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 21 de junio de 1999, Exp. 14943, C.P Daniel Suárez Hernández; sentencia del 31 de agosto de 2011, Exp.18080, C.P Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-15)
16. Original de la cita: Sobre el particular pueden leerse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 26 de febrero de 2004, Exp: 14043, C.P Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 4 de septiembre de 2003, Exp. 10883, C.P Alier Hernández Enríquez; sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-16)
17. Subsección A Sección Tercera del Consejo de Estado, 22 de agosto de 2013, expediente: 22.947, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-17)
18. Anexo No. 5 diligenciado por el proponente unión temporal J.E. Jaimes Ingenieros Ltda. V&P y corregido aritméticamente por el Comité Evaluador. Se precisa que los valores correspondientes a todas las columnas se transcriben de manera textual en la forma en que se encuentran consignados en el elemento de prueba.

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Período  | Proyección de Líneas 1.999 | Valor Mantenimiento Línea Telefónica + factor utilidad (10%) | Valor I.V.A. 16% (sobre el valor total) | Valor Total Mantenimiento + I.V.A. 16% (sobre el valor total) |
| Ene-99 | 31,000 | 1,865 | 298 | 67.049.553 |
| Feb-99 | 34,000 | 1,865 | 298 | 73.538.219 |
| Mar-99 | 37,000 | 1,865 | 298 | 80.026.886 |
| Abr-99 | 40,000 | 1,865 | 298 | 86.515.552 |
| May-99 | 43,000 | 1,865 | 298 | 93.004.218 |
| Jun-99 | 46,000 | 1,865 | 298 | 99.492.885 |
| TOTAL | 231.000 |  |  | 499.627.312 |
|  |  |  |  | 2.163 |

 [↑](#footnote-ref-18)
19. Según se observa no existe coincidencia entre el número de las actas y el número de la liquidación que ellas contienen; sin embargo ello obedece a que el acta número uno correspondió al documento en donde se dejó constancia del inicio de labores. [↑](#footnote-ref-19)
20. Para la época de suscripción de la referida acta ya se había amortizado el 100% del anticipo, razón por la cual no se realizó deducción alguna de la suma a pagar al contratista. [↑](#footnote-ref-20)
21. Suma que se extrae de los informes de evaluación realizados por Telecom, mas no de la propuesta presentada por la parte actora, por cuanto este documento no fue aportado al plenario. [↑](#footnote-ref-21)
22. El valor total del contrato correspondió a la suma de $743’000.000, resultante de sumar $680’000.000 por concepto de valor del contrato inicial y $63’000.000 acordados en el contrato adicional No. 02. [↑](#footnote-ref-22)
23. Se advierte que los valores comprendidos en esta columna no coinciden de manera exacta con las cifras que se deberían obtener de multiplicar la proyección de líneas consignada en la segunda columna por el valor del mantenimiento más el IVA comprendidos en las columnas tres y cuatro. Sin embargo esta es la información que de forma textual consta en el anexo No. 5 diligenciado por la parte actora y corregido aritméticamente por la entidad demandada y tal cual se transcribe. [↑](#footnote-ref-23)
24. Precio unitario ofrecido por el proponente – variable Z. [↑](#footnote-ref-24)