**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Controversias contractuales – Cómputo**

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984, subrogado por el Decreto 2304 de 1989), dispuso que las acciones de controversias relativas a contratos caducarían a los dos años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvieran de fundamento. Ahora, es preciso señalar que para el cómputo de la caducidad de la acción contractual, antes y durante la vigencia de la Ley 446 de 1998, de vieja data la jurisprudencia de esta Corporación distinguió los contratos que requerían de liquidación de aquellos que no debían cumplirla. Para los primeros, el término de caducidad dependía de si se cumplía o no con la obligación de liquidar. Cumplida esa carga, bien sea bilateral o unilateralmente, el término de caducidad tenía como referente cualquiera de esos dos momentos. Incumplida esa obligación, las partes bien podían liquidar de común acuerdo o unilateralmente dentro de los dos años siguientes al vencimiento de los plazos de liquidación bilateral y unilateral originales o recurrir al juez del contrato dentro del mismo término. Para aquellos que no requerían de liquidación, el término de caducidad tenía como referente la terminación del contrato o los motivos de hecho o derecho que dieran lugar a la reclamación judicial.

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Variación de precios – Causas**

Uno de los supuestos que da lugar a la ruptura del equilibrio económico-financiero de los contratos es la variación de precios, bien sea por incremento o por disminución, y esa variación puede tener origen en distintos fenómenos como: i) la fluctuación de la relación entre oferta y demanda de bienes y servicios, pues constituye un principio elemental de la economía que, a mayor demanda y menor oferta, el precio de los bienes en el mercado sube y, por el contario, a mayor oferta y menor demanda los precios del mercado tienden a bajar (ley de demanda) , ii) la inflación que, vista de manera general, se produce cuando el circulante monetario es mayor que la cantidad de bienes que se producen en una economía determinada, lo cual genera que el poder adquisitivo de la moneda sea menor y, como consecuencia obligada, los precios tengan una alza generalizada y constante , iii) la devaluación, que se refiere a la pérdida del valor nominal de la moneda de un país, pero, a diferencia de la inflación, se mide en relación con la moneda extranjera y no en relación con los bienes que se producen en el orden interno, aunque por efecto también causa alteración en los precios de los bienes y servicios, pues, si el valor nominal de la moneda desciende, los precios suben o, lo que es lo mismo, se debe pagar una mayor cantidad de moneda circulante por un bien o un servicio determinado y iv) la revaluación, que constituye el fenómeno opuesto a la devaluación”. En ese orden, los anteriores supuestos, entre muchos otros, “pueden tener incidencia en los precios de los bienes y servicios y, aunque pueden ser previsibles en cuanto a su ocurrencia, son imprevisibles en cuanto a sus efectos cualitativos, cuantitativos y temporales (frecuencia); por tal razón, su estimación es compleja, como complejo es el darles tratamiento de riesgo previsible; además, son incontenibles, inevitables e irresistibles. // Uno de esos riesgos previsibles en una economía inflacionaria como la nuestra, es el económico, que se produce como consecuencia de la fluctuación, el incremento continuo y generalizado o la disminución del valor de los bienes, servicios y factores productivos, a lo largo del tiempo; por esa razón, con el objeto de prefijar las consecuencias futuras, previsibles y evitar que el riesgo impacte de forma grave la economía del contrato, las partes deben pactar, siempre que resulte viable, cláusulas de estabilización, reajustes o corrección de precios, para que el contratista reciba una contraprestación real y equivalente a la prestación ejecutada”.

**PACTA SUNT SERVANDA – Concepto**

A ninguna de las partes del contrato le es dado desconocer los términos pactados en el contrato (pacta sunt servanda). Por esa razón, los acuerdos tienen plenos efectos jurídicos vinculantes, salvo que las circunstancias existentes al tiempo de la suscripción del contrato varíen de forma sustancial (rebus sic stantibus).

**EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Reclamación – Insuficiencia Fórmula de Reajuste – Efectos**

La jurisprudencia de esta Sección ha precisado que para “efectos de reclamar el restablecimiento de la ecuación financiera y económica de un contrato en circunstancias como la analizada, esto es, por insuficiencia de la fórmula de reajuste de precios, será requisito sine qua non que se establezca en el proceso lo siguiente: i) el incremento significativo de los valores de los componentes, insumos o factores determinantes del precio del contrato (v.gr. elementos, mano de obra, materiales, etc.) por cualquier razón económica o del mercado, y ii) la inopia del sistema o fórmula acordada por las partes en el contrato para reajustar las modificaciones a esos precios”. En esa línea, la Corporación ha precisado que es insuficiente con demostrar diferencias entre los precios o los índices utilizados para concluir la ineficiencia de la cláusula, toda vez que se requiere probar el impacto de esas diferencias en la economía del contrato. En el sub lite, los peritos se limitaron a advertir variaciones entre los índices pactados frente a los índices propuestos en la demanda, con lo cual concluyeron que había un desequilibrio. Si bien existe una diferencia, de ello no se sigue que la economía del contrato se hubiera afectado en forma significativa o, al menos, ese ejercicio no lo determinaron los peritos del primer dictamen, al tiempo que en el segundo dictamen se consideró ajustada la fórmula de reajuste.

**RENUNCIA – Validez – Derechos económicos – Normativa**

Las renuncias son válidas siempre (i) que consulten el interés individual del renunciante y (ii) no estén prohibidas (artículo 15 del Código Civil). A lo anterior habría que agregar que (iii) tampoco podrá renunciarse hacia el futuro, en tanto nadie puede renunciar lo que desconoce (artículo 1522 del Código Civil). La primera de las exigencias mencionadas está satisfecha en el presente asunto, en tanto se trataba de un derecho económico del contratista derivado de la elaboración de unos diseños. En consecuencia, como se trataba de derechos transigibles que sólo a él le interesaban, es claro que bien podía renunciarlos. Ahora, en cuanto a que la renuncia no esté prohibida, es decir que no contravenga el derecho público (artículo 1519 del Código Civil, objeto ilícito), en los contratos regidos por el Decreto Ley 222 de 1983 (norma aplicable al contrato en estudio, al menos en lo que respecta a esta temática), esta Corporación precisó que las limitaciones para renunciar se circunscribían a lo dispuesto en los artículos 60, 74 y 287, numeral 2, del citado decreto, los que en su orden daban una amplitud frente a la posibilidad de renuncia, impedían a la entidad pública renunciar a derechos causados o adquiridos e imponían que se renunciara con pleno conocimiento de los efectos económicos y jurídicos de la misma. En efecto, la Sección así lo explicó: Por oposición, el Decreto-ley 222 de 1983 no contiene normas semejantes a las analizadas de la Ley 80. Esto significa que en su vigencia la renuncia a derechos no era, per se, prohibida, porque el art. 60 lo admitía, al establecer genéricamente que: “… Salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza…”; lo que tampoco significa que siempre fuera válida, sencillamente hay que examinar la legalidad de cada estipulación, a falta de una simple y sencilla confrontación con una disposición que lo prohibiera, pues no existió. Por el contrario, el Decreto consagró la necesidad de que el contratista renunciara a algunos derechos, como a la posibilidad de presentar “reclamación diplomática”, lo que el art. 74 definió de la siguiente manera: “Art. 74. De la sujeción a la ley colombiana y de la renuncia a reclamación diplomática. Los contratos que se celebren con personas extranjeras están sometidos a la ley colombiana y a la jurisdicción de los tribunales colombianos. En ellos debe constar la renuncia del Contratista extranjero a intentar reclamación diplomática en lo tocante a las obligaciones y derechos originados en el contrato, salvo el caso de denegación de justicia. “Se entiende que no hay denegación de justicia cuando el Contratista ha tenido expeditos los recursos y medios de acción que, conforme a las leyes colombianas, puedan emplearse ante las jurisdicciones ordinaria o contencioso-administrativa. “La ejecución de los contratos celebrados en el exterior, que deben cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana. “Los contratos no podrán cederse a personas extranjeras que no renuncien expresamente a dicha reclamación diplomática.” Incluso, la prohibición protectora en favor de la entidad estatal -no al contratista- de renunciar a algún derecho se consagró, muy tímidamente, en el supuesto del numeral 2 del art. 287, que reguló la liquidación del contrato: “Art. 287. De los casos en que procede la liquidación. Deberá procederse a la liquidación de los contratos en los siguientes casos: (…) “2. Cuando las partes den por terminado el contrato por mutuo acuerdo, lo cual podrá hacerse en todos los casos en que tal determinación no implique renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la entidad contratante. En las condiciones analizadas, las cláusulas de renuncia o desistimiento a derechos, en los contratos regidos por el Decreto 222 de 1983, quedan sujetas a escrutinio judicial cuando no se enmarquen en los dos supuestos analizados, para verificar que no constituyan abuso del derecho. (…) (…) Lo anterior significa que el conocimiento pleno y claro que tenga el contratista-renunciante o la entidad-renunciante al disponer de sus derechos es suficiente para que lo haga sin incurrir en ilegalidad. Caso contrario sucede cuando se renuncia a una indemnización o a un reclamo sin conocer los efectos que la actuación tiene o tendrá sobre los intereses de quien lo hace, como acontece en materia de responsabilidad médica, cuando los pacientes renuncian a demandar a las instituciones médicas sin conocer claramente el alcance de su voluntad.

**CLÁUSULAS ABUSIVAS – Concepto**

Al decir de la Corte Suprema de justicia las cláusulas abusivas son “todas aquellas que aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos” ; sin embargo, como ya se expuso, en el presente es imposible determinar si con las renuncias al pago de los diseños se produjo ese tipo de desequilibrio, toda vez que el primer dictamen se limitó a reproducir las estimaciones de la demanda, mientras que el segundo concluyó que se trataba de costos que debía asumir el contratista.

**MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA – Concepto – Requisitos – Jurisprudencia**

La mayor permanencia de obra se refiere a la prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, por hechos no imputables al contratista, y debido al incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante, que aun cuando no implican mayores cantidades de obra u obras adicionales, traumatizan la economía del contrato en tanto afectan su precio, por la ampliación o extensión del plazo, que termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento. De ahí que, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la Administración al contratista cumplido, siempre y cuando se acrediten esos mayores costos y se demuestre la afectación al equilibrio económico del contrato, esto es, que se encuentra el contratista en punto de pérdida. De lo expuesto se tiene que para el reconocimiento de las pretensiones por mayor permanencia en la obra se deberá acreditar (i) la prolongación en el tiempo de la ejecución inicialmente pactada; (ii) que esa extensión obedezca a hechos no imputables al contratista, e imputables a su contraparte; (iii) que el contratista cumpla con su débito contractual, y (iv) que se acrediten los mayores extra costos generados por la mayor permanencia en la obra. Frente al último de los requisitos en mención, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido particularmente exigente. En efecto, en relación con la carga probatoria de los mayores extracostos, precisó: Acerca de este tema, resulta oportuno traer a colación el pronunciamiento que hizo la Sección Tercera en el siguiente sentido: “Si el valor del contrato es pagado tardíamente, el contratista tendrá derecho al pago de los intereses que constituyen la rentabilidad que la ley presume produce el dinero y a la actualización de la suma debida, que responde al principio del pago integral de la obligación. Pero si el contratista pretende obtener perjuicios por conceptos distintos, como el de la permanencia de equipos y personal en la obra durante los períodos de suspensión de la obra, estos perjuicios deberán ser acreditados. Ellos efectivamente serían de linaje contractual pues se originaron en el desarrollo del contrato, pero no son prestaciones pactadas en el contrato; su ocurrencia y su monto no han sido previstos en él y por ende al actor le corresponde demostrarlos cuando pretenda ser indemnizado por dichos conceptos.” Bajo este contexto, resulta claro que aunque en el sub lite se encuentre plenamente demostrado que la mayor extensión del plazo contractual, ocurrió por las sucesivas prórrogas de que fue objeto el contrato de obra pública No. 051 de 1991 y que, además, se encuentra probado que las mismas fueron imputables, al incumplimiento de la entidad pública contratante, tales circunstancias determinarían, en principio, la viabilidad de efectuar el reconocimiento de perjuicios a favor del contratista, quien por causas ajenas a su voluntad se vio obligado a permanecer en la obra por mayor tiempo del previsto en el contrato original, ocurre que, tal evidencia no resulta suficiente para proceder al reconocimiento de los perjuicios que dice haber sufrido, sino que además se requiere que el demandante haya demostrado, de una parte que sufrió efectivamente los perjuicios a que alude en los hechos y pretensiones de su demanda y, de otra, que determine el quantum, toda vez que a él le corresponde la carga de la prueba, según los mandatos del artículo 177 del C. de P.C.

**PLAZO DEL CONTRATO – Prolongación – Costos por administración**

De entrada debe precisarse que la prolongación de los plazos originales del contrato puede impactar los costos por administración, equipos y mano de obra; sin embargo, le corresponde al contratista demostrar que efectivamente se incurrió en estos últimos, así como su cuantificación.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente**: **RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 05001-23-31-000-1998-01534-01(34288)**

**Actor: INDUSTRIAS LENHER S.A.**

**Demandado: EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Sin que se observe nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia del 14 de marzo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Séptima de Decisión, mediante la cual resolvió (fls. 559 a 580, c. ppal 2):

*PRIMERO: ANULAR PARCIALMENTE LAS RESOLUCIONES 72480 DE 15 DE AGOSTO Y 75821 DEL 10 DE OCTUBRE, AMBAS DE 1997, EXPEDIDAS POR LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, MEDIANTE LAS CUALES SE LIQUIDÓ UNILATERALMENTE EL CONTRATO N.° 9/DJ828/122 CUYO OBJETO ERA LA FABRICACIÓN, SUMINISTRO Y MONTAJE DE LA SEGUNDA ETAPA DE LAS ESTRUCTURAS METÁLICAS DEL EDIFICIO DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN.*

*SEGUNDO: COMO CONSECUENCIA DE LO ANTERIOR Y POR LO DICHO EN LA PARTE MOTIVA, A FIN DE RESTABLECER EL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO, LAS EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN DEBERÁN PAGAR A LA SOCIEDAD INDUSTRIAS LEHNER S.A. LA SUMA DE DOSCIENTOS QUINCE MILLONES, SETECIENTOS OCHENTA Y UN MIL, TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS ($215.781.376), POR CONCEPTO DE MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA.*

*TERCERO: DESE CUMPLIMIENTO A ESTA SENTENCIA EN LOS TÉRMINOS DE LOS ARTS. 176 Y 177 DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.*

*CUARTO: NEGAR LAS DEMÁS PRETENSIONES. SIN COSTAS.*

**SÍNTESIS DEL CASO**

La sociedad Industrias Lenher S.A. pretende que se anulen las resoluciones n.°s 72.840 y 75.821 del 15 de agosto y 10 de octubre de 1997, respectivamente, por medio de las cuales las Empresas Públicas de Medellín liquidaron unilateralmente el contrato de obra pública n.° 9/DJ-828/122 del 5 de noviembre de 1993, suscrito entre las antes mencionadas. En consecuencia, la actora solicitó que se le reconozcan diferentes conceptos que, a su juicio, le causaron desequilibrio económico, con sus correspondientes actualizaciones e intereses.

1. **ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

El 18 de junio de 1998 (fl. 112, c. ppal), la sociedad Industrias Lehner S.A. presentó demanda en contra de las Empresas Públicas de Medellín, EE.PP.MM., en ejercicio de la acción contractual (fls. 2 a 112, c. ppal). La anterior acción se fundamentó así:

**1.1. Síntesis de los hechos**

Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume así (fls. 3 a 84, c. ppal):

1.1.1. Mediante la Licitación Pública n.° ES-1579-GN, las Empresas Públicas de Medellín abrió la contratación para la fabricación, suministro y montaje de la segunda etapa de las estructuras metálicas de su sede.

1.1.2. El 21 de octubre de 1993, la Junta Directiva de las EE.PP.MM. adjudicó la referida licitación pública a la sociedad Industrias Lehner S.A.

1.1.3. El 5 de noviembre de 1993, las partes suscribieron el contrato de obra pública n.° 9/DJ-282/122.

1.1.4. El 13 de diciembre de 1993, las partes iniciaron la ejecución del contrato, razón por la cual su finalización quedó para el 13 de agosto de 1995.

1.1.5. Después de diez meses y el mismo número de modificaciones bilaterales por cuestiones técnicas, demora en la entrega de planos, cambios en los diseños, obras adicionales e interferencias con otros contratos, que impidieron la realización de las actividades contratadas, la actora inició las mediciones para la fabricación de las estructuras metálicas, sin que se le hubieran reconocido los sobrecostos asumidos por la mayor permanencia en la obra.

1.1.6. Cumplidas las obligaciones contractuales, las partes no llegaron a un acuerdo sobre la liquidación del contrato, razón por la cual la demandada lo hizo unilateralmente a través de las resoluciones n.°s 72.840 y 75.821 del 15 de agosto y 10 de octubre de 1997, respectivamente.

1.1.7. El 18 de marzo de 1998, mediante comunicación radicada bajo el n.° 778439, la actora formuló a la demandada una solicitud de transacción o compromiso, la cual fue respondida por la última en forma negativa, a través del oficio n.° 749913 del 20 de abril de 1998.

1.1.8. Los sobrecostos reclamados por la actora se concretan (i) en la ineficiencia de la fórmula de reajuste convenida[[1]](#footnote-1); (ii) menor facturación, en tanto la prolongación del plazo contractual afectó la economía mensual del contrato proyectada y la realmente causada; (iii) el pago de los retenidos del suministro en un momento distinto al convenido, como consecuencia de la mayor permanencia en la obra; (iv) sobrecostos del diseño efectuado por el contratista y que era responsabilidad de la contratante, y (v) diferencias de criterios en la medida y pago de los suministros y montaje, en tanto la contratista pretende el pago del material que no se pudo utilizar o que sobró en el proceso de fabricación, como por ejemplo, por razones de despuntes. De lo contrario se admitiría un ofrecimiento ilimitado proscrito por la Ley 80 de 1993.

**1.2. Las pretensiones**

Con fundamento en los anteriores hechos, la parte actora deprecó las siguientes pretensiones (fls. 105 a 108, c. ppal):

*Primera. Que, por los motivos alegados en la parte motiva de este escrito, se declare que en la ejecución del contrato n.° 9 DJ-828/122 ya suficientemente determinado, se produjo un desequilibrio económico entre las prestaciones de las partes y en desfavor del contratista, Industrias Lehner S.A.*

*Segunda. Que como consecuencia de la anterior petición, se declare que las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN son responsables del restablecimiento del equilibrio económico presentado durante la ejecución del contrato n.° 9/DJ-828/122.*

*Tercera. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, son nulas las resoluciones n.°s 72.840 del 15 de agosto y 75821 de 10 octubre de 1997, por medio de las cuales se liquidó unilateralmente el contrato.*

*Cuarta. Que, como consecuencia de la anterior petición, se condene a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN a pagar a Industrias Lehner S.A. las siguientes sumas de dinero o las que se logren demostrar en el proceso:*

*4.1. Por sobrecostos por ineficiencia de la fórmula de reajuste, un total de TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO NOVENTA Y DOS PESOS* (sic) *($396.961.192) ML.*

*4.2. Por sobrecostos por menor amortización de recursos dispuestos para la ejecución del contrato, durante el plazo inicial y la mayor permanencia, la suma de UN MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS CATORCE MIL SEISCIENTOS OCHENTA PESOS ($1.287.714.680) M.L.*

*4.3. Por sobrecostos por desplazamiento de las fechas de pago de los retenidos en el suministro, la suma de CUARENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS ($42.988.487) M.L.*

*4.4. Sobrecostos por diseño realizado por el contratista y que era responsabilidad de la entidad contratante, la suma de CIENTO VEINTINUEVE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS PESOS ($129.158.400) M.L.*

*4.5. Sobrecostos por diferencia de criterio en la medida y pago del suministro, la suma de DOSCIENTOS DIECINUEVE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CIENTO CUARENTA Y UN PESOS ($219.795.141) M.L.*

*Quinta. Que las sumas que sean reconocidas al contratista y a cuyo pago sea condenada la entidad sean ajustadas a la fecha de terminación del contrato, según la fórmula aplicada en el contrato hasta la fecha de vencimiento del plazo original, y a partir del momento de amortización del anticipo, con la fórmula corregida en los términos solicitados por el contratista.*

*Sexta. Que las sumas de dinero a cuyo pago sean condenadas las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN sean actualizadas desde la fecha de terminación del contrato y hasta la fecha de la sentencia, con la variación del índice de precios al consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.*

*Séptima: Que se condene en costas y agencias en derecho a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN.*

*Octava. Que las sumas a que ascienda la condena realizada por el despacho generarán intereses comerciales durante los primeros seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de dicho término.*

*Novena. Que se de aplicación a los dispuesto por el parágrafo 2 del artículo 75 de la Ley 80 de 1993.*

**1.3. Concepto de la violación**

Como fundamento de la nulidad de los actos administrativos demandados (fls. 62 a 119, c. ppal), la sociedad actora consideró vulnerados, en forma general el Decreto Ley 222 de 1983, los artículos 822, 831, 870, 871 y 884 del Código de Comercio; 1546 y 1613 del Código Civil, y 3, 4, 5, 14, 24, 25 y 27 de la Ley 80 de 1993. Normas que regulan sobre el equilibrio contractual que rige en los contratos conmutativos y que fueron desconocidas por la demandada en el marco de las situaciones advertidas en los hechos de la demanda.

**2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Las EE.PP.MM. (fls. 124 a 151, c. ppal) recordaron que en los pliegos de condiciones se dejó sentado que las cantidades de obra eran aproximadas y que bien podían aumentar o disminuir. En todo caso, la contratista se obligó a ejecutar todo el trabajo necesario a los precios unitarios cotizados; precisó que la fecha de suscripción del contrato fue el 5 de noviembre de 1993 y no el 14 de septiembre de 1994, como se dejó consignado en la demanda.

La parte demandada precisó que los primeros meses se utilizaron para acordar los detalles de la propuesta alternativa del contratista, que fue la finalmente escogida para la ejecución contractual. Ese acuerdo se elevó a escrito mediante acta del 7 de octubre de 1994, es decir, 10 meses después de la iniciación del contrato, razón por la cual el contratista no tiene derecho a reclamar por ese periodo.

Aclaró que las modificaciones bilaterales, que significaron una mayor permanencia en la obra, también incorporaron un acuerdo para paliar los efectos de esas prolongaciones temporales a través de la fórmula de reajuste. Además, al contratista se le entregó un anticipo, con el cual obtuvo beneficios económicos.

En cuanto a (i) la ineficiencia de la fórmula de reajuste, la demandada sostuvo que esa cláusula fue conocida y aceptada por el contratista y en el contrato se pactó que sería la forma para superar los efectos económicos generados con las modificaciones acordadas. Variar esa fórmula, a su juicio, implicaba burlar los derechos de los demás participantes del proceso de selección, en tanto la consideraron para la presentación de sus propuestas. También sostuvo que los anticipos y el reajuste no tenían ninguna dependencia o conexidad, en tanto tenían finalidades diferentes.

Sobre (ii) la menor facturación, la demandada sostuvo que la prolongación del contrato resultó imputable a las modificaciones propuestas por el contratista, razón por la cual es quien está llamado a soportar todas las consecuencias negativas de ese mayor plazo. En todo caso, la cláusula de reajuste estaba llamada a paliar todos esos efectos.

En relación con (iii) los sobrecostos financieros por los pagos de los retenidos en una forma distinta a la convenida, la demandada aclaró que simplemente se cumplió lo pactado en la cláusula novena, que supeditaba el pago del 10% del valor del contrato retenido a la finalización del mismo, junto con otros requisitos señalados en la referida estipulación. Igualmente, reiteró que la prolongación del plazo contractual resultó imputable al contratista por los cambios de diseño que propuso. Aclaró que la demandada reconoció la suma de $60.248.105 por prórrogas que le resultaron imputables.

En lo que respecta a (iv) los sobrecostos por el diseño realizado por el contratista, la demandada aclaró que la modificación de los diseños fue consecuencia de las variaciones sugeridas por el contratista, que llevó a que el 75% de los suministros variaran, así como el mismo diseño. Si el contratista alega el valor de unos diseños que no le correspondían contractualmente, debió manifestarlo de esa forma a la demandada para que se le diera la aprobación correspondiente, y no esperar para hacerlo en sede judicial.

En lo correspondiente a (v) la diferencia de criterio en la medida y pago de los suministros y montaje, la demandada advirtió de entrada que las argumentaciones del contratista son propias de otro contrato suscrito entre las mismas partes, pero que deben diferenciarse, en tanto se trata de relaciones jurídicas diferenciables. Precisó que lo adquirido por la demandada fue un producto terminado y no todo el proceso de su elaboración, donde existen desperdicios normales que deben ser asumidos por el contratista, en tanto debió incorporarlos al precio. En ese orden, es razonable que los pliegos establecieran que los pagos se hicieran con base en las longitudes netas de los planos.

De otro lado, aclaró que el contrato en estudio se sometió a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, razón por la cual no se entiende la remisión al Decreto Ley 222 de 1983. Advirtió que en las modificaciones del contrato siempre se indicó que las demás cláusulas seguirían vigentes. Tampoco se trató de una cuestión imprevisible la prórroga del contrato, así como su modificación.

Por último, propuso como excepciones (i) la inexistencia de la obligación reclamada, en tanto carece de soporte fáctico y jurídico; (ii) el cumplimiento del contrato y la inexistencia del desequilibrio económico, y (iii) la caducidad de la acción, por cuanto *“la demanda fue presentada el 18 de junio de 1998, por lo tanto la acción instaurada solo puede referirse a motivos de hecho o de derecho relacionados con el contrato, que hayan ocurrido a partir del 18 de junio de 1996. Los otros hechos o razones de derecho alegados por el demandante y que hayan ocurrido antes de la segunda de las mencionadas fechas no pueden objeto* (sic) *del debate, pues respecto de los mismos operó el fenómeno de la caducidad”*.

**3. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, la parte actora (fls. 436 a 492, c. ppal 2), en forma extensa, puso de presente la síntesis del litigio, las pruebas recaudadas, el análisis de las pretensiones y los comentarios frente a los argumentos de defensa, con fundamento en los cuales solicitó que se accediera a las pretensiones de la demanda; así, concluyó que el dictamen pericial es plena prueba del desfase generado y que consiste en las reclamaciones formuladas en la demanda, las cuales tienen pleno respaldo fáctico y jurídico.

La demandada (fls. 520 a 556, c. ppal 2), con base en el análisis de las pruebas obrantes, reiteró los argumentos de su contestación de la demanda y de la objeción por error grave frente al dictamen pericial.

1. **LA SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia del 14 de marzo de 2007 (fls. 559 a 580, c. ppal 2ª instancia), el *a quo* anuló los actos administrativos demandados y reconoció a la parte actora la suma de $215.781.37, con el fin de restablecer el equilibrio económico del contrato en estudio. Para el efecto, sostuvo:

*CONSIDERACIONES (…)*

*1.2. De acuerdo con la petición de pruebas, la Sala unitaria nombró como peritos a los profesionales Hernán Vicente Paz y Jaime Mejía E., quienes aceptaron y se posesionaron según da cuenta el expediente –fl. 210 y 251.*

*Sin que mediara renuncia o hecho impeditivo, el Magistrado Sustanciador reemplazó al señor Mejía Escobar nombrando en sustitución al ingeniero Luis Patiño Lemos –fls. 252, posesionado el 8 de noviembre de 2001.*

*La apoderada de las Empresas Públicas de Medellín insiste en el hecho de que el Magistrado sustanciador hubiera procedido así, genera una nulidad del dictamen pericial.*

*La Sala considera que la petición de nulidad planteada por las Empresas Públicas de Medellín se resolvió en su momento sin que sea del caso volver sobra la misma.*

*En auto del 26 de mayo de 2003, la Sala unitaria manifestó que dicha situación no está consagrada como causal de nulidad en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil. Además, dada la circunstancia de que las Empresas no impugnaron el auto que remplazó al perito Mejía Escobar; que rendido el dictamen solicitaron aclaración del mismo y lo objetaron por error grave, debe entenderse por saneada cualquier irregularidad procesal, más cuando ella no tiene la entidad para predicar que la prueba es nula de pleno derecho: con su práctica no se violó el derecho de defensa o de contradicción de la prueba.*

*1.3. LA OBJECIÓN POR ERROR GRAVE (…)*

*1.3.5. En síntesis, lo que hace la apoderada de la entidad pública, es cuestionar el proceso intelectivo de los peritos y refutar sus razonamientos y conclusiones, lo que no es suficiente para concluir que el dictamen incurre en un yerro de entidad o importancia tal que obligue a desecharlo, sino a apreciar, en aquellos aspectos propios del dictamen pericial, la fundamentación y seriedad de sus conclusiones.*

*Todo, sin perjuicio de que el Tribunal aprecie conjuntamente ambos peritazgos, de conformidad con lo expuesto en el artículo 240, inciso final del Código del Procedimiento Civil que permite al Juez proceder de tal forma.*

*LA CUESTIÓN DE FORMA*

*2. PRETENSIÓN RELACIONADA CON LA MEDIDA Y PAGO DEL SUMINISTRO (…)*

*Como puede verse la estipulación contractual* [se refiere al numeral 5.05.01 del pliego de condiciones] *es categórica en el sentido de que se tomarán las dimensiones netas, no brutas y que no se harán deducciones por cortes, recortes o desperdicios de material, lo que se explica por el hecho de que la medida es sobre cantidades netas, razón por la cual no hay lugar a deducciones o descuentos de cantidad, como sí podría ocurrir si las medidas fueran brutas (…).*

*La correcta intelección de esa estipulación para el Tribunal no ofrece ninguna duda: para la medición se tomarían factores netos, no brutos. A lo anterior debe agregarse que en este punto concreto la cláusula era explícita, era conocida desde la licitación, como que era parte de los pliegos de condiciones y por lo mismo era un supuesto indispensable para que tanto el contratista como los otros oferentes elaboraran su propuesta y determinaran los precios.*

*Tan clara es la cláusula, por eso no era necesario acudir a otros sistemas de medición, que sólo en algunos casos la misma estipulación indicaba que había que acudir a tablas del manual de construcción de AISC, como se observa en el 3er inciso del literal d de este mismo aparte, que en aras de la brevedad no se transcribe.*

*Lo mismo puede decirse en relación con las especificaciones normalizadas referidas a los ensayos o ejecución de los trabajos (numeral 5.01.03), que son temas distintos de la medida y pago, y que el contratista presenta como una posible divergencia o contradicción entre las reglas del pliego de condiciones (…).*

*En síntesis pues, respetando como debe ser los principios de la autonomía contractual, de la igualdad que debe regir el proceso licitatorio, y la claridad de la cláusula referente a la medida y pago de los bienes objeto del suministro, esta pretensión no está llamada a prosperar.*

*3. SOBRECOSTOS POR DISEÑOS NO CONTEMPLADOS CONTRACTUALMENTE (…)*

*a) El pliego es claro al indicar que si bien el contratista podía presentar propuestas alternativas, estas debían estipular claramente los cambios, precios y plazos respectivos, que debía contener una clara y detallada descripción de su forma, contenido plazo de ejecución, justificación y, presentar detalles de diseño (…).*

*b) La conducta contractual del contratista muestra que fue por su insistencia que las Empresas aceptaron su propuesta alternativa y que este manifestó que los precios, salvo los atinentes al ítem 3 serían los mismos.*

*c) En el acta de modificación bilateral n.° 1 el contratista manifiesta que con los precios pactados se cubren todos los costos y declara a paz y salvo a las Empresas por lo acordado entre las partes (…).*

*Fijado pues, el alcance y sentido de la obligación a cargo del contratista, es forzoso concluir que esta pretensión no está llamada a prosperar.*

*4. FÓRMULA DE REAJUSTE (…)*

*4.2. En lo que tiene que ver ya con el comportamiento de la fórmula durante el plazo real de ejecución del contrato, no encuentra el Tribunal que esta se haya distorsionado de manera sustancial, al punto de afectar la ecuación económica financiera del contrato.*

*Se hace esta afirmación teniendo en cuenta lo siguiente:*

*4.2.1. Que la recomposición de la fórmula con la inclusión del 40%, estudiada en el aparte anterior no tiene vocación de prosperidad.*

*4.2.2. Que los índices de la fórmula se descongelaron para efectos de la remuneración de los trabajos realizados, durante las diversas ampliaciones a los plazos parciales de ejecución y al plazo original del contrato, de acuerdo con lo pactado en las actas de modificación bilateral.*

*4.2.3. Que independientemente de la demostración de la ocurrencia de hechos imprevisibles, lo cierto es que el contratista también debe demostrar que la alteración de los costos cotejada con la fórmula de reajustes es de carácter sustancial, al punto que pueda afirmarse que desquicia la ecuación económica del contrato.*

*4.2.4. Que el 75% del anticipo se utilizó en la compra de materiales.*

*4.2.5. Que de acuerdo con la variación de los costos de los materiales más representativos, empleados en la ejecución del contrato fórmula reflejó la realidad económica del mercado (…).*

*5. MAYOR PERMANENCIA (…)*

*5.7. De acuerdo con el acervo probatorio, durante la ejecución del contrato se presentaron una serie de hechos que permiten hablar de una mayor permanencia en la obra.*

*Así se infiere de los documentos contractuales, en especial de las actas de modificación bilateral del contrato que aparecen en el anexo n.° 3 –demoras en la entrega de los planos de construcción, interferencias con otros contratos que obligaron a suspender el montaje, definiciones contractuales posteriores no imputables al contratista, superposición con las actividades de otros contratos-, de la documentación que aparece en los anexos donde las Empresas reconocen tal circunstancia, en especial al decidir la reclamación formulada por el contratista, del contenido mismo del acto de liquidación unilateral donde se hace un reconocimiento por tal concepto y de la contestación misma de la demanda donde acepta tal circunstancia, esto es que el contratista permaneció mayor tiempo en la obra aunque el monto a pagar no es el reclamado.*

*Podría pensarse, que no lo es, que la aceptación en la demanda de tal hecho equivale a una confesión y por eso no puede apreciarse probatoriamente, pero aún en tal supuesto, los restantes medios de convicción permiten a la Sala dar por probada la mayor permanencia y por lo mismo lo que debe definirse es la prueba de los extra costos reclamados por el contratista (…).*

*5.8. (…) // Pero el Tribunal tomará para esos efectos el rendido por el Dr. Ordóñez, porque a su juicio refleja mejor la realidad de lo ocurrido y explica de una manera más seria y fundamentada la cifra a la cual llega (…).*

*La Sala, además, considera que el porcentaje de costos no recuperados equivalen a un 33% de los costos de administración proyectados, lo que aplicando una regla de la experiencia en materia contractual que toma como referente el + o – 20% del valor original, para efectos de la estipulación de nuevos precios permite calificarlo como una variación substancial; que para esos efectos no puede trabajar en déficit sustancial, considera que para restablecerlo a un “punto de no pérdida” debe ordenarse el reconocimiento de los costos de administración en cuantía de $103.868.441.40, sin que haya lugar a castigar tal cifra en la forma en que lo hacen las Empresas porque ello no encuentra soporte en los medios de convicción aportados al proceso.*

*Ese reconocimiento, además, se hace porque ellos –los costos por mayor permanencia- no fueron objeto de acuerdo alguno durante la ejecución del contrato, ni aparece cláusula explícita donde el contratista renuncie a la respectiva compensación.*

*Dicha suma se actualizará tomando para el efecto el índice del mes de agosto de 1997 y como índice final el último conocido para la fecha de expedición de la sentencia.*

*6. PAGO DEL 10% FINAL DEL CONTRATO*

*6.7. (…) // Y en esa perspectiva, a diferencia de lo ocurrido en el rubro “mayor permanencia”, donde es claro que hubo hechos imprevisibles, ajenos al contratista que alteraron la ecuación económica financiera del contrato –los costos de administración no recuperados superan en más de un 20% los proyectados-no encuentra la Sala que la no percepción de intereses o rendimientos financieros por el retardo o postergación del pago del 10% del precio total del suministro pueda considerarse como factor que altere en forma sustancial la economía del contrato, cuando ya había recibido el 90% del precio y se excluía además el valor del montaje ($196.379.000 a precios de origen) (…).*

*7. DECLARACIONES Y CONDENAS (…)*

*VALOR HISTÓRICO: $103.868.441*

*VARIACIÓN O AJUSTE EN EL TIEMPO $111.912.935*

*TOTAL VALOR ACTUALIZADO A MARZO DE 2007 $215.781.376*

**III. SEGUNDA INSTANCIA**

**1. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes con la decisión de primera instancia, las partes apelaron la decisión del *a quo[[2]](#footnote-2)*.

1.1. Las inconformidades de la parte actora frente a la sentencia de primera instancia se resumen así (fls. 598 a 629, c. ppal 2ª instancia):

(i) *Sobrecostos por menor facturación.* La parte actora sostuvo que si bien el *a quo* determinó la existencia de una mayor permanencia en la obra, es insuficiente que limite el reconocimiento económico a los costos por administración, cuando es apenas razonable que la extensión en el tiempo significara unos sobrecostos en el equipo y la mano de obra, como efectivamente ocurrió, en tanto en este tipo de contratos, a diferencia de los contratos de obra, los costos se calculan en consideración al plazo contractual. Esos rubros fueron negados por el *a quo*, al considerar que fueron reconocidos en los pagos efectuados por la contratante, con lo que se desconoció que la prolongación en los tiempos de pago generó unos costos que fueron asumidos por el contratista y que se proyectan en administración, equipos y mano de obra, cuando era una carga de la contratante por su responsabilidad en la extensión del plazo contractual.

En ese orden, la parte actora estimó que esos costos se encuentran probados con la prueba pericial. Precisó que el dictamen pericial de los ingenieros Paz y Patiño calcularon los sobrecostos por mayor permanencia en la suma de $826.059.545 (administración: $488.360.793, mano de obra: $135.079.501 y equipo $202.619.251), donde sí se incluyeron los conceptos de mano de obra y equipos; a diferencia de lo calculado por el ingeniero Ordóñez[[3]](#footnote-3), del cual el *a quo* solo tomó los gastos de administración en la suma de $138.998.463.40, por las razones arriba expuestas.

Ahora, la parte actora sostuvo que ante la improcedencia de la objeción por error grave, se impone acoger las conclusiones de los primeros peritos, en tanto, a juicio de la demandante, no existen razones fundadas para desestimarlas, diferente a la afirmación del *a quo* de considerar más seria y fundamentada la posición del ingeniero Ordoñez, sin mayores explicaciones. En esa dirección, señaló que el reparo formulado por el *a quo* frente a las conclusiones de los peritos, consistente en la omisión de cruzar la amortización proyectada de la realmente causada para calcular los costos de administración, resulta infundada si se tiene en cuenta que al revisar el dictamen se aprecia el cruce que se echa de menos. Además, el peritaje incorporó todos los perjuicios causados por los pagos realizados en diferentes fechas a las proyectadas originalmente.

(ii) *Sobrecostos por diferencias de criterios en la medida y pago del suministro.* Sobre el particular, la parte actora señaló que el numeral 5.01.01., que reguló el cálculo del peso para el pago de los suministros y montajes, contiene dos disposiciones contradictorias. El literal a) del citado numeral indica que el peso de todos los perfiles, platinas, tubería y tubos estructurales de acero o aluminio se calcularía usando el peso nominal por metro del material y la longitud total neta que aparece en los planos, mientras el literal c) señala que no se harán deducciones de material, sea acero, aluminio o vidrio removido por cortes, recortes, agujeros, troquelado, despunte, ranuras o preparación de soldaduras. Lo anterior significa que mientras en el primer literal se dice que la longitud sería neta, en el último se afirma que sería bruta, confusión que evidenciaron los encargados de vigilar la ejecución contractual, hasta el punto que la interventoría autorizó el pago de las primeas actas con base en longitudes brutas, confusión que sólo aclaró con las consultas al diseñador del proyecto. Esa situación debe asumirla la contratante, en tanto fue quien elaboró el pliego de condiciones y su interpretación deberá favorecer al contratista.

Precisó que tampoco se desconoce el derecho de los demás proponentes, en tanto no está probado que estos hubieran calculado su precio con base en la interpretación de la demandada y bien pudieron estos alegar la misma situación que el contratista propone en este estadio.

(iii) *Sobrecostos por diseños adicionales.* Sobre el punto, la parte actora sostuvo que la magnitud de las variaciones introducidas al contrato, hasta el punto que se hicieron diez modificaciones, no comportó que el contratista asumiera los diseños, ni lo hizo en su propuesta alternativa ni en los pliegos o el contrato. Tampoco puede entenderse que el hecho de no dejar reserva sobre el particular en las actas correspondientes o manifestar que los precios no variarían signifique la renuncia a reclamar, toda vez que lo hizo en la etapa de liquidación, como correspondía.

Precisó, que contrario a lo declarado por los testigos, no son lo mismo los planos de taller que los planos de diseño. El contratista se comprometió a los primeros, que consistían en unos simples bosquejos, mientras que los otros contenían toda la información necesaria para adelantar la obra, obligación que era del resorte de la demandada. En todo caso, advirtió que los cambios introducidos beneficiaron a la entidad demandada, en tanto la calidad de la obra mejoró sustancialmente.

(iv) *Sobrecostos por ineficacia de la fórmula de reajuste.* Aclaró que su inconformidad radicaba en la aplicación de la fórmula de reajuste para las prórrogas, no así frente al contrato original. Los peritos Paz y Patiño, a su juicio, determinaron que el reajuste no cumplió su función respecto de los mayores plazos, al punto que se generó un sobrecosto de casi el 10%, es decir, significativo, contrario a lo afirmado por el *a quo*, sin que esas valoraciones fueran objetadas por la contraparte, razón por la cual deben considerarse probadas. Tampoco el contratista renunció a esos mayores valores con la suscripción del contrato inicial, en tanto mal haría en aceptar el comportamiento del reajuste durante los plazos adicionales, cuando desconocía su duración o reiteración. En esos términos, dadas las importantes variaciones al plazo contractual, es claro que la cláusula de reajuste quedó afectada y al tiempo su utilidad.

(v) *Sobrecostos por desplazamiento del pago de los retenidos.* Al respecto, precisó que esta reclamación no estaba fundada sobre el incumplimiento, sino en la mayor permanencia en la obra que significó la prolongación del plazo contractual y, por consiguiente, que estos pagos no se recibieron en la forma inicialmente convenida, sino un tiempo después. Esa es una carga que le corresponde asumir a la entidad contratante, en tanto fue quien generó la extensión del plazo contractual y, en esos términos, mal haría en asumirla el contratista. En todo caso, aceptó que la demandada reconoció la suma de $60.248.105 como consecuencia de las prórrogas, pero que esa suma resulta insuficiente para paliar los efectos negativos.

Por último, también solicitó que se condenara en costas a que haya lugar.

1.2. Por su parte, la demandada (fls. 583 a 590, c. ppal 2ª instancia) estimó no probados los sobrecostos por la mayor permanencia en la obra. En esa línea, afirmó que los dictámenes se limitaron a reproducir las afirmaciones del actor sin ningún respaldo probatorio. En todo caso, sostuvo que la cláusula de reajuste permitía superar todos esos desfases y los pagos incluían administración, luego no había razón para volver a reconocer nuevamente este valor, como lo ordenó el *a quo*. Igualmente, insistió en precisar si la ecuación financiera se desequilibró de manera significativa, para que se le impusiera a la demandada la carga impuesta.

**2. LOS ALEGATOS**

En esta oportunidad, las partes reiteraron los argumentos de sus intervenciones. Con todo, vale advertir que la parte actora solicitó que la segunda instancia se abstuviera de pronunciarse sobre la decisión del *a quo* frente a la nulidad y objeción grave del dictamen pericial de los peritos Paz y Patiño, en tanto no fue objeto de apelación (fls. 634 a 667, c. ppal 2ª instancia).

El Ministerio Público (fls. 668 a 685, c. ppal 2ª instancia) estimó que los sobrecostos por la ineficiencia de la cláusula de reajuste debían ser asumidos por el contratista, en tanto la aceptó al presentar su propuesta y suscribir el correspondiente contrato, sin que solicitara los ajustes necesarios durante la ejecución contractual; respecto de los sobrecostos por diseño, señaló que del pliego, la propuesta y el contrato se desprende que esa obligación surgió de la propuesta alternativa del contratista, en donde se comprometió a la entrega de planos y diseños necesarios para la fabricación de los bienes; sobre la controversia en cuanto a la medida y pago, compartió la posición del a quo, en tanto el pliego y las pruebas testimoniales dan cuenta que debían hacerse con valores netos y no brutos; señaló que la postergación de pago de los retenidos fue asumida por la demandada al reconocer la suma de $60.248.10, y, finalmente, la mayor permanencia en la obra, la consideró probada y ajustado el reconocimiento económico hecho por el a quo, en tanto se encuentra respaldada probatoriamente.

1. **CONSIDERACIONES**

**1. PRESUPUESTOS PROCESALES**

**1.1. La jurisdicción, competencia y acción procedente**

1.1.1. En tanto uno de los extremos es una entidad pública, las Empresas Públicas de Medellín, en tanto se trata de una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal[[4]](#footnote-4), es esta la jurisdicción a quien le corresponde asumir el presente asunto, con independencia del régimen jurídico aplicable al contrato en estudio[[5]](#footnote-5). Ahora, esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en tanto la cuantía del asunto así lo impone[[6]](#footnote-6).

1.1.2. De otro lado, frente a la acción pertinente, el Código Contencioso Administrativo, en el texto original del artículo 87 del Decreto 01 de 1984, disponía:

*ARTICULO 87. ACCIONES RELATIVAS A CONTRATOS. Cualquiera de las partes de un contrato de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, o de los contratos administrativos o interadministrativos, podrá pedir un pronunciamiento sobre su existencia o validez, que se decrete su revisión, que se declare su incumplimiento y la responsabilidad derivada de él.*

*La nulidad absoluta también podrá pedirse por el Ministerio Público y por quien demuestre interés directo en el contrato.*

***Los actos separables del contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código*** (se destaca)*.*

Ahora, el mismo código, en su artículo 136 prescribía, en su parte pertinente, que los *“actos separables distintos del de adjudicación de una licitación sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato”*.

Frente al alcance de esas normas, la jurisprudencia precisó[[7]](#footnote-7):

*a) Que se debía distinguir al interior de los actos contractuales, unos separables del contrato y otros que no lo eran.*

*b) Que los actos separables no se controlaban por medio de las acciones contractuales (artículo 87), sino por “las otras acciones” previstas en el Código, es decir las de nulidad (artículo 84) y de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85).*

*c) Que, sin embargo, dichos actos únicamente eran impugnables jurisdiccionalmente “una vez terminado o liquidado el contrato”.*

*d) De la regla anterior quedaba exceptuado el acto de adjudicación que era susceptible de ser impugnado según las reglas generales (artículo 136).*

Igualmente, desde esa época y en vigencia de las normas en cita, la Sección precisó en relación con el cuestionamiento judicial de los actos contractuales, esto es, los de ejecución y liquidación, lo siguiente[[8]](#footnote-8):

*Los inconvenientes se presentaron cuando se trató de precisar lo que se debía entender por actos separables de los contratos; finalmente, la jurisprudencia definió que tal calificación estaba reservada para los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato, siendo los contractuales propiamente dichos (y por ende no separables), los que se produjeran en las etapas de ejecución y liquidación.*

*Deducido lo anterior, el régimen descrito, conforme se explicó antes, en los artículos 87 y 136 se aplicó a los actos previos; los actos contractuales se debían impugnar, en consecuencia, a través de las acciones del artículo 87.*

Ahora, las anteriores normas, fueron modificadas con la entrada en vigencia del Decreto 2304 de 1989, norma vigente a la presentación de la demanda[[9]](#footnote-9); sin embargo, el cuestionamiento judicial de los actos separables y los contractuales se mantuvo incólume, salvo en cuanto se permitió la impugnación de la legalidad de los primeros sin el sometimiento del ejercicio de la acción a la terminación o liquidación del contrato[[10]](#footnote-10).

En esos términos, el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, para el momento en que se presentó la demanda, se consideró como contractual propiamente dicho y, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la fecha de la presentación de la demanda, podía demandarse a través de la acción contractual; igual pasa con las demás declaraciones consecuenciales.

**1.2. La legitimación en la causa**

Las partes se encuentran legitimadas, toda vez que son extremos de la relación contractual en estudio y de los actos administrativos cuestionados.

**1.3. La caducidad**

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984, subrogado por el Decreto 2304 de 1989), dispuso que las acciones de controversias relativas a contratos caducarían a los dos años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvieran de fundamento. Ahora, es preciso señalar que para el cómputo de la caducidad de la acción contractual, antes y durante la vigencia de la Ley 446 de 1998, de vieja data la jurisprudencia de esta Corporación distinguió los contratos que requerían de liquidación de aquellos que no debían cumplirla[[11]](#footnote-11).

Para los primeros, el término de caducidad dependía de si se cumplía o no con la obligación de liquidar. Cumplida esa carga, bien sea bilateral o unilateralmente, el término de caducidad tenía como referente cualquiera de esos dos momentos. Incumplida esa obligación[[12]](#footnote-12), las partes bien podían liquidar de común acuerdo o unilateralmente dentro de los dos años siguientes al vencimiento de los plazos de liquidación bilateral y unilateral originales o recurrir al juez del contrato dentro del mismo término. Para aquellos que no requerían de liquidación, el término de caducidad tenía como referente la terminación del contrato o los motivos de hecho o derecho que dieran lugar a la reclamación judicial.

En el presente asunto, se tiene que la ejecutoria de la resolución n.° 75821 del 10 de octubre de 1997, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución n.° 72840 del 15 de agosto del mismo año, que liquidó unilateralmente el contrato de obra n.° 9/DJ-828/122 del 5 de noviembre de 1994, se produjo el 20 de octubre de 1997 (fl. 192, c. ppal, acta de notificación). Por su parte, la demanda se presentó el 18 de junio de 1998 (fl. 112, c. ppal). En esos términos, fuerza concluir que la acción fue presentada oportunamente[[13]](#footnote-13).

**2. EXCEPCIONES**

Sobre las llamadas excepciones de (i) inexistencia de la obligación reclamada, en tanto carece de soporte fáctico y jurídico; (ii) cumplimiento del contrato, e (iii) inexistencia del desequilibrio económico, en tanto no constituyen medios exceptivos, sino razones de defensa, se resolverán con el fondo del asunto.

3. EL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se concreta en dilucidar si los cargos de nulidad propuestos por la parte actora en contra de la resolución n.° 72840 del 15 de agosto de 1997, por medio de la cual las EE.PP.MM. liquidaron unilateralmente el contrato de obra n.° 9/DJ-828/122 del 5 de noviembre de 1993, y de la resolución n.° 75821 del 10 de octubre de 1997, que resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de primera resolución mencionada, están llamados a prosperar.

**4. LA CUESTIÓN DE FONDO: LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO**

**4.1. Del régimen jurídico del contrato de obra n.° 9/DJ-828/122 del 5 de noviembre de 1993**

Para el 5 de noviembre de 1993, cuando se firmó el contrato en estudio, las entidades territoriales estaban sometidas a sus normas fiscales para lo que tiene que ver con ese tipo de relaciones jurídicas[[14]](#footnote-14). En efecto, el Decreto Ley 222 de 1983 se limitó a regular los contratos allí desarrollados y celebrados por las entidades del orden nacional[[15]](#footnote-15). Sin embargo, el citado decreto ley sí era aplicable a las primeras entidades mencionadas en lo relacionado con tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el título IV, que regulaba sobre la terminación, modificación e interpretación unilaterales[[16]](#footnote-16).

Bajo esas premisas frente al régimen jurídico contractual se abordará la cuestión de fondo.

**4.2. De los hechos probados**

Es dable aclarar que las pruebas que aquí se citan y analizan fueron aportadas y decretadas en las oportunidades procesales correspondientes. Igualmente, es preciso advertir que algunos documentos fueron allegados en copia simple, pero los mismos no fueron tachados por la demandada, razón por la cual se valorarán sin otra consideración, como la Sección lo tiene establecido[[17]](#footnote-17).

4.2.1. En el pliego de condiciones de la Licitación Pública ES-1579 GN, que tenía por objeto la fabricación, suministro y montaje de las estructuras metálicas de la sede de la demandada, en lo pertinente, se consignó[[18]](#footnote-18)(c. pliego de condiciones):

*Parte 1*

*INFORMACIÓN A LOS PROPONENTES (…)*

*1.01.14. PLANOS: Son los dibujos y diseños suministrados por LAS EMPRESAS para la presentación de la propuesta o la ejecución del contrato. Existirán planos de licitación y* ***planos de fabricación[[19]](#footnote-19)****. Estos últimos podrán diferir de los planos de licitación. Siempre que en el contrato y en las especificaciones “se diga de acuerdo con los planos”, se entenderá que se trata de* ***planos de fabricación****. (…)*

*1.05. ALCANCE DE LAS OBRAS*

*1.05.01. El alcance del contrato contempla todos los trabajos requeridos para la fabricación, suministro y montaje de las estructuras metálicas de las fachadas técnicas, de las escaleras de servicios para dichas fachadas técnicas y de las estructuras y vidrios de las ventanas de la torre principal y las torres secas y de los forros en aluminio de la parte superior de las torres secas del edificio EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, y todas las demás obras complementarias requeridas para el correcto funcionamiento y adecuada terminación de las obras que se indican en los documentos del contrato o que ordenan LAS EMPRESAS.*

*1.05.02. Sin restricción alguna del alcance del contrato mencionado anteriormente, el contratista deberá ejecutar, entre otras, las siguientes (…):*

*- Suministrar los documentos solicitados en los pliegos de condiciones y en las especificaciones.*

*- Suministrar la información detallada que requieran las empresas para coordinar adecuadamente los trabajos objeto del contrato con los de otros contratistas. (…)*

*Son obligaciones de LAS EMPRESAS:*

*- Proporcionar las obras civiles donde serán montadas las estructuras metálicas objeto del contrato.*

*- Suministrar instalados todos los elementos metálicos empotrados en donde se apoyarán las estructuras metálicas, tal como se indican en los planos de licitación.*

*- Suministrar el sitio de almacén del proyecto.*

*- Recibir y almacenar los bienes fabricados por el contratista en el almacén del proyecto.*

*- Asumir los costos de vigilancia y riesgos de los bienes mientras estén en el almacén del proyecto.*

*- Suministrar el sitio en obra para la localización de oficinas del contratista y acordar con el contratista y suministrar un área razonable para recibir y almacenar los elementos metálicos que se vayan a montar inmediatamente.*

*- Tomar posesión de los bienes objeto del contrato una vez hayan sido puestos a su disposición de acuerdo con lo convenido en los documentos del contrato.*

*- Tomar posesión de los bienes una vez hayan sido montados y puestos a disposición de LAS EMPRESAS de acuerdo con lo convenido en el contrato.*

*- Entregar los bienes objeto del contrato al contratista en el almacén del proyecto para su almacenamiento temporal y montaje en el sitio de obra.*

*- Pagar de conformidad con lo establecido en los documentos del contrato. (…)*

*1.07. INTERPRETACIÓN DE LOS DOCUMENTOS DE LA LICITACIÓN (…)*

*1.07.02. Es entendido que los documentos de licitación se complementan mutuamente de tal manera que lo indicado en uno de ellos se tomará como indicado en todos.*

*1.07.03. A menos que se indique expresamente lo contrario en otra parte de los documentos de licitación, la intención de ellos es incluir toda la mano de obra, equipos, herramientas, materiales, transportes, servicios técnicos y profesionales necesarios para la correcta ejecución y completa terminación de cada uno de los ítemes que aparecen en los documentos de licitación, significando esto que es responsabilidad del proponente cotizar estos elementos y servicios aunque ellos no estén expresamente indicados en los documentos de licitación.*

*1.07.04. Si el proponente encuentra discrepancias u omisiones en cualquiera de los documentos de licitación o tiene alguna duda acerca de su significado, deberá obtener por escrito de LAS EMPRESAS las aclaraciones que sean del caso antes de presentar la propuesta. (…)*

*La presentación de la propuesta será evidencia de que el proponente ha examinado completamente los documentos de licitación, que ha aceptado que los documentos están completos y que son compatibles y adecuados para definir los trabajos a ejecutar, los precios y los plazos, o que ha obtenido de LAS EMPRESAS aclaraciones satisfactorias sobre cualquier punto incierto o dudoso. (…)*

*1.07.06. Las interpretaciones o deducciones que el proponente haga de las estipulaciones de los documentos de la licitación serán de su exclusiva responsabilidad. (…)*

*1.08. PREPARACIÓN DE LA PROPUESTA (…)*

*1.08.02. El proponente deberá examinar cuidadosamente los documentos de licitación e informarse cabalmente de todas las condiciones que pueden influir o afectar de alguna manera el trabajo, los costos, precios o plazos de los trabajos a realizar (…).*

*1.08.07. La propuesta básica deberá ceñirse en los aspectos técnicos a las especificaciones y planos de licitación. Sin embargo, el proponente podrá presentar, además de la propuesta básica (ver 1.08.04), las propuestas alternativas que desee, que contengan modificaciones a las especificaciones y planos de licitación que considere ventajosas para LAS EMPRESAS; tales alternativas deberán estipular claramente los cambios que se proponen, los precios correspondientes y el plazo de ejecución e incluir toda la demás información requerida para su cabal comprensión y evaluación. Dichas propuestas alternativas serán consideradas detenidamente por LAS EMPRESAS para estudiar la conveniencia que tengan para ellas, pero dichas propuestas tendrán carácter opcional para LAS EMPRESAS y solamente serán tenidas en cuenta si con ellas se presenta una propuesta básica aceptable de acuerdo con los documentos de licitación (1.12.02 y 1.12.03), siempre y cuando esta sea evaluada como la propuesta aceptable más favorable.*

*1.08.09. Las alternativas deberán ser completamente establecidas en la propuesta con una clara y detallada descripción de su forma, contenido, plazo de ejecución y justificación. (…)*

*PARTE 2*

*MINUTA DEL CONTRATO*

*CLÁUSULA TERCERA: INTERPRETACIÓN DE LOS DOCUMENTOS DEL CONTRATO*

*Los documentos del contrato constituyen el acuerdo único y total entre EL CONTRATISTA y LAS EMPRESAS.*

*Toda variación o modificación a los documentos del contrato deberá hacerse mediante acta bilateral firmada por EL CONTRATISTA y LAS EMPRESAS.*

*Ninguna costumbre o uso comercial, ni las aprobaciones, acuerdos, convenios, instrucciones, órdenes o el desarrollo o resultado de contratos celebrados previamente por EL CONTRATISTA con LAS EMPRESAS variará los términos establecidos en los documentos del contrato.*

*Ninguna estipulación o acuerdo que modifique lo establecido en los documentos del contrato obligará a LAS EMPRESAS; ni liberará a EL CONTRATISTA de su responsabilidad de ceñirse a ellos ni se la atenuará o trasladará, a menos que sea incorporado a los documentos del contrato como acta bilateral. (…)*

*CLÁUSULA QUINTA: CAMBIO EN LOS PLANOS O EN LAS ESPECIFICACIONES*

*Durante la ejecución del contrato LAS EMPRESAS podrán ordenar los cambios que consideren necesarios tanto en los planos como en las especificaciones, o en alguno de estos documentos. Si por estos cambios se afectan sustancialmente tanto el plazo como el precio o uno de estos, señalados en los documentos del contrato, LAS EMPRESAS convendrán con EL CONTRATISTA los ajustes de plazo o de precios que de ellos puedan desprenderse de los cual se firmará por las partes el acta de modificación bilateral correspondiente. Sin embargo, es entendido que durante la ejecución del contrato se originarán cambios o ajustes en los planos y especificaciones y que es esencial del contrato aceptar un margen de cambios sin que por ello se modifiquen los precios y los plazos del contrato. Cuando a juicio de EL CONTRATISTA sea conveniente variar los planos o especificaciones, someterá las variaciones junto con los estudios correspondientes a LAS EMPRESAS, explicando las causas que las justifican. Si estas no la aprueban, EL CONTRATISTA se sujetará a los planos y especificaciones acordados originalmente. En caso de aprobarlas, se procederá como se establece en esta cláusula.*

*LAS EMPRESAS no harán ningún pago por cambios o adiciones que no hayan sido autorizadas por escrito por LAS EMPRESAS. (…)*

*CLÁUSULA NOVENA: PAGOS (…)*

*Los pagos del suministro se distribuirán en la forma siguiente:*

*-LAS EMPRESAS entregarán a EL CONTATISTA en calidad de anticipo una suma equivalente al 30% del valor estimado del suministro dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de iniciación del contrato, contados a partir de la fecha de recibo de la cuenta de cobro correspondiente (…).*

*LAS EMPRESAS entregarán a EL CONTRATISTA otro anticipo equivalente al 10% del valor estimado del suministro dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de recibo de la cuenta de cobro (…).*

*LAS EMPRESAS pagarán a EL CONTRATISTA EL 50% del precio contractual de cada ítem o parte del ítem del suministro, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de recibo de la cuenta de cobro correspondiente (…).*

*LAS EMPRESAS pagarán a EL CONTRATISTA el 10% final del valor del suministro dentro de los sesenta (60) días siguiente a la fecha de recibo de la cuenta de cobro correspondiente (…).*

*LAS EMPRESAS podrán retener total o parcialmente cualquiera de los pagos pendientes por el montaje e instalación de los ítemes que estén a favor de EL CONTRATISTA hasta donde sea necesario para protegerse de pérdidas debidas a trabajos defectuosos no corregidos por EL CONTRATISTA o a garantías no cumplidas. Cuando el motivo que originó la retención sea subsanado por EL CONTRATISTA, LAS EMPRESAS harán la devolución de los pagos retenidos.*

*CLÁUSULA DÉCIMA: AJUSTES DE PRECIOS*

*El precio final pagable a EL CONTRATISTA para cada uno de los ítemes que integran el contrato se calculará multiplicando el precio básico establecido en el contrato por un factor que lo ajustará aumentándolo o disminuyéndolo, para compensar cualquier variación en el costo desde el cierre de la licitación hasta la entrega del ítem en el almacén del proyecto o hasta la fecha del plazo contractual.*

*Los ajustes de precios para los bienes del suministro y para el montaje solamente se harán efectivos a favor de EL CONTRATISTA durante los plazos establecidos en el contrato y las ampliaciones de estos plazos justificadas por EL CONTRATISTA ante LAS EMPRESAS y aceptadas por estas, vencidos los cuales se congela la fórmula de reajuste; sin embargo, LAS EMPRESAS tendrán derecho a cualquier disminución del precio que resulte de la aplicación de las fórmulas de ajuste de precios hasta la entrega de los bienes del suministro y hasta la ejecución de los montajes.*

*En el caso de entregas parciales de los bienes, los ajustes de precio se calcularán a la fecha de entrega de dichos bienes.*

*Las modificaciones a los plazos de entrega establecidos en el contrato que no modifiquen el período de aplicabilidad de las fórmulas para ajuste de precios requerirán, además de la prórroga de las garantías, la autorización del Gerente de Energía de LAS EMPRESAS y el acuerdo con EL CONTRATISTA, el cual se plasmará en un acta. Toda prórroga del plazo contractual en la cual se modifique el período de aplicabilidad de las fórmulas de ajuste de precios será competencia de la Junta Directiva de LAS EMPRESAS.*

*Las siguientes serán las fórmulas para el ajuste de precios que se emplearán para la liquidación del contrato.*

*SUMINISTRO DE ESTRUCTURAS, VENTANERÍA Y MATERIALES*

*PA=PB (0.40+0.25 A/Ao + 0.05 B/Bo + 0.30 S/So)*

*MONTAJE DE LAS ESTRUCTURAS METÁLICAS*

*PA=PB (0.85 S/So +0.10 A/Ao +0.05 B/Bo)*

*En donde:*

*PA= Es el precio ajustado pagable a EL CONTRATISTA.*

*PB= Es el precio básico establecido en el contrato.*

*A/Ao= Es la relación que existe entre:*

*El promedio aritmético de los índices de elementos metálicos publicados por la Cámara Colombiana de la Construcción –CAMACOL, seccional Antioquia, correspondientes a cada uno de los meses calendario transcurridos desde la iniciación del plazo contractual hasta la entrega del ítem, dentro del plazo contractual y las ampliaciones a este plazo aprobadas por LAS EMPRESAS, vencidos los cuales no habrá lugar a incrementos adicionales de precios, pero sí disminuciones.*

*Y el valor del mismo índice en el mes de cierre de la licitación.*

*B/Bo= Es la relación que exista entre:*

*El promedio aritmético de los índices del vidrio publicados por la Cámara de Colombiana de la Construcción – CAMACOL, seccional Antioquia, correspondiente a cada uno de los meses calendario transcurridos desde la iniciación del plazo contractual hasta la entrega del ítem, dentro del plazo contractual y las ampliaciones a este plazo aprobadas por LAS EMPRESAS, vencidos los cuales no habrá lugar a incrementos adicionales de precios, pero sí a disminuciones.*

*Y el valor del mismo índice en el mes de cierre de la licitación.*

*S/So= Es la relación que existe entre:*

*El promedio aritmético de los salarios y prestaciones promedio del personal permanente en la industria manufacturera, según agrupaciones industriales, columna “salario promedio nominal total” para la agrupación 381 “Productos metálicos, excepto maquinaria y equipos” del boletín de estadísticas publicado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, DANE, y correspondientes a cada uno de los meses calendario transcurridos desde la iniciación del plazo contractual y las ampliaciones a este plazo aprobadas por LAS EMPRESAS, vencidos los cuales no habrá lugar a incrementos adicionales de precios pero sí a disminuciones.*

*Y el valor del mismo salario y prestaciones promedio en el mes calendario de cierre de la licitación.*

*Toda la información necesaria para la aplicación de las fórmulas para ajuste de precios deberá ser suministrada por EL CONTRATISTA.*

*PARTE 3*

*CONDICIONES GENERALES (…)*

*3.10. DOCUMENTOS QUE SUMINISTRARÁ EL CONTRATISTA (…)*

*DOCUMENTOS GENERALES (…)*

*E. LISTA DE PLANOS*

*El contratista enviará a LAS EMPRESAS dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la fecha de legalización del contrato, una lista de todos los planos de taller que se propone suministrar a LAS EMPRESAS identificando cada uno con un número de serie y un título descriptivo del contenido y dando la fecha programada de su presentación a LAS EMPRESAS. Esta lista será revisada y ampliada cada vez que sea necesario durante el desarrollo del contrato. (…)*

*G. PLANOS GENERALES*

*Dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de notificación de la fecha de legalización del contrato, el contratista deberá someter a la revisión de LAS EMPRESAS planos esquemáticos y de conjunto de todo el suministro y cualquier plano esquemático adicional que sea solicitado por LAS EMPRESAS.*

*Los planos generales deberán concordar sustancialmente con los planos de los documentos del contrato y mostrar toda la información necesaria para comprobar que el suministro estará de acuerdo con ellos y para permitir a LAS EMPRESAS la ejecución de los diseños definitivos de las estructuras donde se instalará el suministro, por lo tanto, deberán contener información completa sobre pesos, cargas y fuerzas estáticas y dinámica, detalles completos de anclajes, planos indicativos de conexiones y dimensiones generales.*

*H. PLANOS DETALLADOS*

*El contratista deberá someter a la revisión de LAS EMPRESAS antes de iniciar la fabricación, planos detallados de taller. Dichos planos deberán mostrar la disposición de todos los elementos, partes, componentes y materiales e indicarán detalles de subensamblajes y ensamblajes de montaje, así como toda la demás información que sea requerida por LAS EMPRESAS.*

*Los planos detallados deberán identificar todas las partes con referencia a la lista de materiales y su denominación ASTM; deberán concordar sustancialmente con los planos de los documentos del contrato y deberán indicar detalladamente todas las partes, materiales, dimensiones, tolerancias, ajustes, huelgos, espacios libres, subensamblajes y ensamblajes, uniones a realizar en el campo y toda la demás información que LAS EMPRESAS requieran para verificar que el suministro se ajusta a lo requerido por los documentos del contrato y para facilitar las labores mismas de revisión de planos y de manejo de las partes, subensamblajes y ensamblajes durante el montaje del suministro.*

*El contratista suministrará planos detallados de todas las partes del suministro que requieran ajuste o que estén sujetas a desgaste; los planos detallados indicarán la localización y tamaños de las conexiones auxiliares para lubricación y borneras terminales y los tamaños de conductos para los circuitos eléctricos; igualmente, indicarán todas las partes que sirvan para conexión con elementos suministrados por otros.*

*PLANOS, CATÁLOGOS, CÁLCULOS Y MEMORIAS DE DISEÑO (…)*

1. *COPIAS DE LOS PLANOS PARA ARCHIVAR*

*Antes de la fecha de vencimiento de la entrega del último ítem del suministro, el contratista suministrará a LAS EMPRESAS un juego completo de todos los planos tal como fueron finalmente revisados, en copia maestra, reproducible y de calidad previamente aprobada por LAS EMPRESAS; dichos planos incluirán todos los cambios y revisiones hechas hasta la terminación del suministro. (…)*

*K. CÁLCULOS Y MEMORIAS DE DISEÑO*

*El contratista suministrará oportunamente cuando lo soliciten LAS EMPRESAS cálculos y memorias detalladas de diseño para la verificación de los planos detallados o para su información, cuando dicho diseño haya sido elaborado por el contratista. (…)*

*3.13. RECLAMOS*

*Si el contratista considera que cualquier decisión, orden, instrucción, aviso, acción u omisión de LAS EMPRESAS está por fuera de lo estipulado en el contrato, dentro de los diez días siguientes al recibo u ocurrencia del mismo hará el reclamo por escrito a LAS EMPRESAS, señalando claramente y en detalle las bases en las cuales funda su objeción y la naturaleza y valor de cualquier compensación adicional o ampliación del plazo a los cuales el contratista se crea con derecho.*

*Si el contratista no presenta reclamación durante los diez días anotados, las órdenes o decisiones de LAS EMPRESAS se considerarán como definitivas y tal hecho se considerará como renuncia a cualquier reclamo directo o consecuencia en relación con tal orden, decisión, acción u omisión de LAS EMPRESAS. (…)*

*3.31. PLANOS Y ESPECIFICACIONES*

*Los planos y las especificaciones pretenden describir las obras permanentes y suministrar la información requerida para la preparación de planos por el contratista para la ejecución de las obras.*

*Las obras se ejecutarán de acuerdo con los planos y las especificaciones.*

*En la ejecución del contrato el contratista no hará modificación, adiciones y omisiones a los trabajos descritos en los planos y en las especificaciones, excepto en cumplimiento de orden del interventor.*

*El contratista no deberá adelantar ningún trabajo sin los planos y las especificaciones correspondientes y deberá notificar por escrito al interventor con suficiente anticipación para que no se produzcan demoras o atrasos en los trabajos sobre cualquier plano o especificación adicional que pueda necesitar para la apropiada ejecución de la obra. (…)*

*LAS EMPRESAS suministrarán al contratista y sin costo para él una copia heliográfica de los planos y una copia de las especificaciones (…).*

*Los planos de fabricación serán suministrados al contratista con treinta días de anticipación a la fecha en que según el programa original del trabajo aprobado por LAS EMPRESAS se debe iniciar la ejecución de la obra a la cual se refieren dichos planos.*

*Con la debida anticipación para que el interventor pueda tomar oportunamente las medidas del caso, EL CONTRATISTA deberá notificar por escrito al interventor cuando el planeamiento de los trabajos o su ejecución pueda retrasarse por la falta de cualquier plano; en este caso, conjuntamente con la notificación mencionada el contratista deberá indicar detalles del plano requerido y de por qué y cuándo se requerirá y de la naturaleza de la demora o interrupción que pueda causarse por su falta. Se entenderá que el contratista renuncia al derecho de elevar reclamo alguno por esta causa en caso de no producir oportunamente la mencionada notificación. (…)*

*Durante la ejecución del contrato, LAS EMPRESAS podrán ordenar, por conducto del interventor, los cambios que consideren necesarios o convenientes tanto en los planos como en las especificaciones. Si por estos cambios se afectan sustancialmente tanto el plazo como el precio o uno de estos, LAS EMPRESAS convendrán con el contratista los ajustes de plazo o de precio que de ellos puedan desprenderse, de lo cual se firmará por las partes el acta de modificación bilateral correspondiente. Sin embargo, es entendido que durante la ejecución del contrato se originarán cambios y ajustes en los planos y especificaciones y que es esencial del contrato aceptar un margen esperado de cambios sin que por ello se modifiquen los precios y plazos del contrato.*

*Cuando a juicio del contratista sea conveniente variar los planos o las especificaciones, someterá por escrito al interventor las variaciones junto con los estudios correspondientes, explicando las causas que las justifiquen, sus costos y plazos y toda la demás información pertinente que pueda ser requerida por el interventor, quien las presentará a la consideración de LAS EMPRESAS. Si estas no las aprueban, el contratista se ajustará a los planos y a las especificaciones. En caso de aprobarlas se procederá como se indica en el párrafo anterior. (…)*

*PARTE 5 – ESPECIFICACIONES*

*SECCIÓN 5.1. INFORMACIÓN GENERAL (…)*

*5.02.04. PLANOS DE TALLER PARA FABRICACIÓN Y MONTAJE (…)*

*El contratista deberá complementar los planos suministrados por LAS EMPRESAS con estas especificaciones preparando cuantos planos detallados de trabajo y de taller sean necesarios o exija el interventor para ejecutar y controlar adecuadamente el trabajo de fabricación y montaje.*

*Los planos de trabajo y de taller deberán contener toda la información y detalles requeridos por el interventor en escalas razonables y suficientes corte para mostrar claramente el trabajo a ser ejecutado o los elementos a ser fabricados o suministrados. (…)*

*La ejecución de planos de trabajo y planos de taller no tendrá pago por separado puesto que su costo se considerará incluido como costo indirecto en los precios unitarios del contrato. (…)*

*PARTE 5 – ESPECIFICACIONES*

*SECCIÓN 5.5. – MEDIDA Y PAGO*

*5.05.01. CÁLCULO DEL PESO PARA LOS PAGOS DE SUMINISTRO Y MONTAJE*

*Las cantidades para el pago se determinarán en forma teórica de acuerdo con los planos en la forma que se establece a continuación para los ítemes suministrados totalmente terminados y para el montaje ejecutado.*

*- El vidrio se medirá por área de proyección por área de proyección vertical. La empaquetadura y recalces en neopreno, silicona, felpas, bisagras, cierres, tornillería, etc., está incluida dentro del suministro del ítem correspondiente y no tiene precio aparte.*

*- El peso unitario del acero se supondrá de 7.850 kg por metro cúbico neto.*

*- El peso unitario del aluminio se supondrá de 2.710 kg por metro cúbico neto.*

*- El peso unitario del vidrio se supondrá de 2490 kg por metro cúbico neto.*

*- El peso de perfiles, platinas, barras, tubería de acero y tubos se calculará con base en las figuras y dimensiones que aparecen en los planos, así:*

*a. El peso de todos los perfiles, platinas, tubería y tubos estructurales de acero o aluminio, se calculará usando el peso nominal por metro del material y la longitud total neta que aparece en los planos.*

*b. El peso de platinas y barras se calculará usando las dimensiones rectangulares que aparecen en los planos.*

*c. No se harán deducciones de material, sea acero, aluminio o vidrio, removido por cortes, recortes, agujeros, troquelado, despunta, ranuras o preparación de soldaduras.*

*d. No se tendrá en cuenta el peso de pinturas, galvanizado, anodizado y otros tratamientos superficiales hechos en taller o en el sitio de montaje. (…)* (se subraya)*.*

4.2.2. El 5 de noviembre de 1993, después de que se adjudicara la licitación pública arriba referida (fl. 61, anexo n.° 3 copia, cláusula décima primera), las EE.PP.MM. y la sociedad Industrias Lehner S.A.[[20]](#footnote-20) suscribieron el contrato de obra n.° 9/DJ-828/122 del cual se destacan los siguientes acuerdos (fls. 58 a 61, anexo n.° 3 copia):

*CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO. LAS EMPRESAS encargan a EL CONTRATISTA y este se obliga a ejecutar para aquellas, ciñéndose a los documentos del contrato, lo estipulado en el pliego de condiciones y especificaciones de la licitación pública nacional ES-1579-GN, en sus adendos 1, 2, 3 y 4, y en la propuesta presentada el 30 de julio de 1993, la fabricación, suministro y montaje de las estructuras metálicas y ventanería para el edificio Empresas Públicas de Medellín. CLÁUSULA SEGUNDA: PLAZOS Y LUGAR DE ENTREGA: (…) PARÁGRAFO: El plazo total, para el suministro y el montaje, se estima en principio en diecinueve (19) meses* [de acuerdo con la redacción de la cláusula se contaban desde la fecha de iniciación del contrato]*. CLÁUSULA TERCERA: VALOR DEL CONTRATO. El valor de este contrato, una vez efectuados los descuentos, del anexo 7 de la propuesta, es de dos mil ciento diez y siete millones trescientos cuatro mil setecientos cincuenta y siete pesos m.l. ($2.117.304.757), sin incluir el IVA, precios reajustables, que se discriminan, así: mil novecientos veinte millones novecientos veinticinco mil setecientos cincuenta y siete pesos m.l. ($1.920.925.757) para el suministro y ciento noventa y seis millones trescientos setenta y nueve mil pesos m.l. ($196.379.000) para el montaje. CLÁUSULA SEGUNDA:* [se reproducen similares estipulaciones a las consignadas en la cláusula novena de los pliegos] *(…)* *CLÁUSULA SEXTA: APLICACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES Y DEL ESTATUTO CONTRACTUAL. Todas las cláusulas de la minuta del pliego de condiciones y sus adendos 1, 2, 3 y 4 las demás estipulaciones del mismo, y la propuesta, se entienden incorporados a este contrato, al igual que las normas del estatuto contractual de LAS EMPRESAS, en cuanto sean aplicables en un caso determinado.*

4.2.3. El 13 de diciembre de 1993, las partes dieron por iniciada la ejecución del contrato (fl. 199, c. ppal, texto de la resolución n.° 72840 del 15 de agosto de 1997, por medio de la cual se liquidó unilateralmente el contrato en estudio).

4.2.4. El 5 de mayo y el 22 de julio de 1994, el contratista, además de solicitar la ampliación de los plazos, le advirtió a la contratante que gran parte de los diseños fueron ajustados, cambiados y mejorados; los planos tenían incongruencias, deficiencias y, en algunos casos, no existían, además de que se presentaron varias indefiniciones en el sistema de sujeción de las vigas, de los pie de amigos, ductos, platinas, anclajes, etc. Lo anterior, según el contratista, significó la ejecución del contrato en condiciones diferentes a las pactadas (fls. 45 a 49, anexo n.° 5).

4.2.5. En el acta de modificación bilateral n.° 1, sin fecha y sin salvedades[[21]](#footnote-21), las partes acordaron (fls. 53 a 57, anexo n.° 3):

*Las partes del presente contrato han acordado efectuar las siguientes modificaciones: PRIMERA: ANTECEDENTES. Durante la ejecución del contrato se dio la necesidad de modificar algunos ítemes del suministro objeto del contrato original, basados en razones técnicas justificables en su diseño y fabricación y de acuerdo con lo estipulado en la cláusula quinta de la minuta del contrato del pliego de condiciones. Las ventajas que sustentan estas modificaciones son: a) En el alerón de la fachada técnica. 1. Estructura más liviana. 2. Utilización de extrusiones tubulares anodizadas que garantizan resistencia, homogeneidad en acabado y estética. 3 Facilidades de fabricación y montaje. 4. Utilización de un recubrimiento para el faldón de un material de mejor calidad que el pedido en la licitación e importada, denominado ENVELOPE 2000 que facilita la colocación y desmonte por daño accidental. 5. No se usan pegantes de alta resistencia. 6. Cumple los requerimientos de servicio estructural y técnico. 7. Tiene buen drenaje. 8. No requiere mantenimiento. b) En ventanería del edificio y de las torres secas. 1. Los perfiles utilizados transmiten mejor las cargas, mejora el sistema de fijación de vidrios y placas de aluminio y el sistema de drenaje. 2. Por el sistema de dilatación proporciona un sello mejor por infiltración. 3. El sistema de empaques garantiza el sellamiento. 4. No se requiere de tornillería para fijación de perfiles y pisavidrios. 5. El sistema estructuralmente trabaja como una malla, reduciendo el peso de los perfiles. 6. Los paneles de aluminio en ventanas corredizas, ventanas basculantes en la zona anterior de las losas de concreto se elaboran en GLAZE GUARD de mejores características. 7. Se mejoran las especificaciones para obtener un producto funcional, seguro y de excelente calidad estética y técnica. SEGUNDA: OBJETO: Como consecuencia de lo anterior, LAS EMPRESAS y EL CONTRATISTA, acuerdan nuevos ítems, eliminar otros y aumentar cantidades* (se relacionan los diferentes ítems. No se relaciona ningún concepto por la elaboración de diseños). *TERCERA: VALOR. Como consecuencia de lo anterior, el valor originalmente pactado se aumenta en la* [ilegible] *setenta y cuatro millones seiscientos cinco mil doscientos cincuenta y siete pesos (…). QUINTA: PLAZO. EL CONTRATISTA manifiesta* [ilegible] *esta acta no hay lugar a la ampliación del plazo. SEXTA: EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDADES. EL CONTRATISTA declara que con los precios pactados en esta acta se cubren costos directos e indirectos, incluyendo la administración, los imprevistos y las utilidades por lo tanto* [ilegible] *LAS EMPRESAS quedan a paz y salvo con EL CONTRATISTA por estos conceptos, y éste renuncia a cualquier acción o reclamación en contra de LAS EMPRESAS y que por este hecho no habrá indemnización por parte de LAS EMPRESAS. SÉPTIMA: VIGENCIA DEL CONTRATO ORIGINAL. Siguen vigentes en su integridad todas las cláusulas del contrato original en cuanto no hayan sido modificadas por la presente acta.*

4.2.6. En el acta de modificación bilateral n.° 2, sin fecha y sin salvedades[[22]](#footnote-22), se acordó (fls. 49 y 50, anexo n.° 3):

*Las partes del presente contrato han acordado efectuar las siguientes modificaciones: PRIMERA: Antecedentes: Debido a que durante la ejecución del contrato se presentó la demora en la entrega de los planos de construcción por parte de LAS EMPRESAS a EL CONTRATISTA, ya que los mismos debieron ser revisados de acuerdo con las otras estructuras metálicas, con la forma como quedó construida en definitiva la estructura del concreto y la ubicación de las platinas y huecos pasantes para apoyar las estructuras metálicas, basados en el numeral 3.31 “Planos y especificaciones” del pliego de condiciones, se hace necesario prorrogar los plazos de entrega de los bienes objeto del suministro del contrato. SEGUNDA:* (se acuerdan los nuevos plazos para cada una de las actividades). *TERCERA: Fórmula de reajuste. En consideración a las modificaciones de plazo de la cláusula anterior LAS EMPRESAS acuerdan con EL CONTRATISTA en descongelar los índices de la fórmula de reajuste para todos los plazos parciales de entrega de los suministros. (…) QUINTA: Exoneración de responsabilidades. EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que no elevará ninguna reclamación, solicitud de compensación o de indemnización, ni intentará acción alguna contra LAS EMPRESAS en virtud de lo pactado en la presente acta de modificación. SEXTA: Vigencia del contrato original. Siguen vigentes todas las cláusulas del contrato original, en cuanto no hayan sido modificadas por la presente acta y por el acta de modificación bilateral n.° 1.*

4.2.7. A través del acta de modificación bilateral n.° 3, sin fecha y sin salvedades[[23]](#footnote-23), las partes introdujeron las siguientes variaciones al contrato (fls. 51 y 52, anexo n.° 3):

*Las partes del presente contrato han acordado efectuar las siguientes modificaciones: PRIMERA: Antecedentes. Debido a que durante la ejecución del contrato se presentaron cambios al diseño original de los pasamanos, malla de los pasamanos, huellas de las escalas, soportes verticales de los pasamanos, y la consecución de las* [ilegible] *para extrusiones de aluminio para las vigas laterales de soporte de las [ilegible] así como detalles relacionados con el sistema de anclaje de los piedeamigos y las perforaciones de sus brazos para mantenimiento, se hace necesario prorrogar el plazo de entrega del suministro de las escaleras de servicio. SEGUNDA: Objeto. Como consecuencia de lo anterior, LAS EMPRESAS y el CONTRATISTA, acuerdan prorrogar el plazo de entrega del suministro de las escaleras de servicio para la fachada técnica en tres (3) meses más, para un plazo total de dieciséis con cinco (16.5) meses o sea, hasta el 27 de abril de 1995. (…) TERCERA: Fórmula de reajuste. En consideración a la modificación del plazo de la cláusula anterior, LAS EMPRESAS y EL CONTRATISTA acuerdan descongelar los índices de la fórmula de reajuste para el plazo parcial de entrega del suministro. (…) QUINTA: Exoneración de responsabilidades. EL CONTRATISTA manifiesta expresamente que no elevará ninguna reclamación, solicitud de compensación o de indemnización, ni intentará acción alguna contra LAS EMPRESAS en virtud de lo pactado en la presente acta de modificación. SEXTA: Vigencia del contrato original. Siguen vigentes todas las cláusulas del contrato original, y las disposiciones de las actas de modificación bilaterales n.°s 1 y 2 en cuento no hayan sido modificadas por la presente acta.*

4.2.8. El acta de modificación bilateral n.° 4, sin fecha y sin salvedades[[24]](#footnote-24), modificó el contrato así (fls. 47 y 48, anexo n.° 3):

*Las partes del presente contrato han acordado efectuar las siguientes modificaciones: PRIMERA: Antecedentes. Durante la ejecución del contrato, se han presentado cambios en los diseños arquitectónicos que han requerido la complementación de los diseños estructurales de los elementos por parte de EL CONTRATISTA, específicamente piezas de acople o unión. Las adiciones y modificaciones han dificultado la fabricación de los elementos metálicos que demandaron la construcción de un prototipo que debe ser revisado y aprobado por LAS EMPRESAS. Adicionalmente, EL CONTRATISTA debe fabricar los elementos complementarios de los pies de amigos que sostienen las escaleras de servicio. SEGUNDA: Objeto. Como consecuencia de lo anterior LAS EMPRESAS y EL CONTRATISTA acuerdan ampliar los plazos de entrega de los suministros así* (se describen los nuevos plazos)*. TERCERA: Plazo. Con base en el programa para los montajes, se establece como fecha de terminación contractual el 17 de diciembre de 1995. CUARTA: Fórmula de reajuste. En consideración a la modificación del plazo de la cláusula anterior, LAS EMPRESAS y EL CONTRATISTA acuerdan descongelar los índices de la fórmula de reajuste para los plazos parciales de entrega de los suministros y para el plazo total modificados por la presente acta de acuerdo con lo establecido en la cláusula anterior. (…) SEXTA: Vigencia del contrato original y de las actas de modificación anteriores. Siguen vigentes en su integridad todas las cláusulas del contrato original y las disposiciones de las actas de modificación bilaterales número 1, 2, y 3 que no se modifiquen por esta acta. SÉPTIMA: Exoneración de responsabilidades. EL CONTRATISTA declara que con las ampliaciones pactadas para las entregas de los suministros y para la terminación del contrato se entiende acogida la solicitud presentada por él y aprobada por LAS EMPRESAS, en razón a la motivación presentada en la cláusula primera de la presente acta y por tanto exonera a LAS EMPRESAS de toda responsabilidad que se pueda derivar de las modificaciones introducidas al contrato mediante esta acta, y en general por todo lo convenido en la misma. Por tanto renuncia a ejercer cualquier acción o reclamación en contra de LAS EMPRESAS, como consecuencia de lo convenido en esta acta y de los hechos que dieron lugar a la misma.*

4.2.9. En la modificación n.° 5, sin fecha y sin salvedades[[25]](#footnote-25), las partes introdujeron las siguientes variaciones (fls. 42 a 46, anexo n.° 3):

*Las partes del presente contrato han acordado efectuar las siguientes modificaciones: PRIMERA: ANTECEDENTES: Durante la ejecución del contrato, para mejorar los aspectos de resistencia, funcionalidad y estética, y para atender las variaciones de los procesos constructivos previstos, se dio la necesidad de efectuar los siguientes cambios en los diseños: a) Fachada técnica: Para cada una de las platinas de las vigas en cantiliver fue necesario tomar plantillas, lo que exigió andamios, personal de ayudantes, personal de topografía y personal durante los dos (2) meses previos a los trabajos de producción de los suministros del contrato. Para cada platina debió realizarse un molde de cartón, escala* [ilegible]*, lo que impidió la producción general industrializada prevista, por diferencias en las dimensiones, provisión de aditamentos especiales y posición de los agujeros. Adicionalmente, todos los orificios se debieron avellanar. Se cambiaron los pernos de tipo pasante (sin cabeza), de producción estándar, por pernos con cabeza avellanada. También se requirió instalar pernos químicos que incluyen perforación, resina, perno, tuerca y arandelas, para la sujeción de los elementos de apoyo. b) Escalera de servicio: Se hizo necesario redefinir un elemento fundido en coquilla, como soporte para los parales de los pasamanos, dado que el diseño propuesto no se podía ejecutar en condiciones estéticas, lo cual generó una obra extra. c) Ventanería de la torre principal: Se requirió la instalación de pernos químicos para el anclaje de la estructura de aluminio a estructura de concreto, debido al cambio en el sistema de sujeción por motivos técnicos y constructivos. d) Torres secas: Para el anclaje de la ventaría a la estructura de acero, se requirieron platinas especiales. Adicionalmente se presentaron cambios en el diseño de las rejillas de los vértices de las torres. SEGUNDA: OBJETO: Como consecuencia de lo anterior LAS EMPRESAS y EL CONTRATISTA acuerdan nuevos ítemes y eliminan otros, los cuales se describen a continuación* (se incorporan los ítems nuevos y eliminados con su descripción, unidad de medida, valor unitario y valor total). *TERCERA: VALOR: El valor de la presente acta asciende a la suma de noventa millones doscientos diez y nueve mil setecientos veintinueve pesos con veinte centavos ($90.219.729.20). CUARTA: PLAZOS. LAS EMPRESAS y EL CONTRATISTA acuerdan prorrogar los plazos de los suministros de acuerdo con el siguiente plan* (se indican los nuevos plazos para cada actividad) *(…) SEXTA: FÓRMULA DE REAJUSTE: En consideración a las modificaciones de plazo de la cláusula cuarta, y a que los precios son a originen del contrato, LAS EMPRESAS acuerdan con EL CONTRATISTA en descongelar los índices de la fórmula de reajuste hasta la fecha de perfeccionamiento de la presente acta. SÉPTIMA: EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDADES: EL CONTRATISTA declara que con los precios pactados en esta acta y las ampliaciones de plazo se atienden sus solicitudes presentadas por él y se cubren todos los costos directos e indirectos, incluyendo la administración, los imprevistos y las utilidades; por lo tanto, con el pago de los mismos, LAS EMPRESAS quedan a paz y salvo con EL CONTRATISTA por estos conceptos, este renuncia a ejercer cualquier acción o reclamación en contra de LAS EMPRESAS y que por este hecho no habrá lugar a indemnización alguna por parte de las EMPRESAS. OCTAVA: VIGENCIA DEL CONTRATO ORIGINAL Y DE LAS ACTAS DE MODIFICACIÓN BILATERAL n.° 1, 2, 3 y 4: Siguen vigentes en su integridad todas las cláusulas del contrato original y las disposiciones de las actas de modificación bilaterales 1, 2, 3 y 4, que no hayan sido modificadas por la presente acta (…).*

4.2.10. A través del acta de modificación n.° 6 del 13 de diciembre de 1995, sin salvedad alguna[[26]](#footnote-26), las partes modificaron el contrato como sigue a continuación:

*Las partes del presente contrato han acordado efectuar las siguientes modificaciones: PRIMERA: Antecedentes: Durante la ejecución del contrato se dio la necesidad de ajustar algunos elementos de las estructuras debido a requerimientos de tipo arquitectónico y estructural, lo que motivó la realización de actividades complementarias que exigieron plazos adicionales para el suministro y el montaje. Igualmente, se presentaron interferencias con otros contratos que obligaron a suspender temporalmente el montaje de algunos elementos del suministro. Adicionalmente, teniendo en cuenta que los elementos del contrato son de tipo arquitectónico y hacen parte fundamental del acabado en las zonas en donde van a ser instalados, para evitar el deterioro de los mismos durante la ejecución de otros contratos, se hace necesario postergar el montaje de parte del suministro hasta que los riesgos hayan desaparecido. SEGUNDA. Objeto: Como consecuencia de lo anterior, LAS EMPRESAS y EL CONTRATISTA acuerdan prorrogar los plazos para los suministros y los montajes de acuerdo con el siguiente plan* (se especifican los nuevos plazos) *(…) TERCERA: Fórmula de reajuste: Los índices de la fórmula de reajustes se descongelan para el suministro y los montajes de acuerdo con las fechas acordadas en la presente acta. (…) QUINTA. Exoneración de responsabilidades: EL CONTRATISTA declara que con las ampliaciones de plazo estipuladas en la presente acta, se atienden las solicitudes presentadas por él; por lo tanto, renuncia a ejercer cualquier acción o reclamación en contra de LAS EMPRESAS y que por este hecho no habrá lugar a indemnización alguna por parte de LAS EMPRESAS. SEXTA. Vigencia del contrato original y de las actas de modificación bilaterales n.°s 1, 2, 3, 4 y 5: Siguen vigentes en su integridad todas las cláusulas del contrato original y de las actas de modificación bilaterales n.° 1, 2, 3, 4 y 5, que no hayan sido modificadas por la presente acta (…).*

4.2.11. El 3 de enero de 1996, el contratista solicitó a la contratante la adición de los plazos, con base en las siguientes razones (fls. 865 y 866, anexo n.° 7):

*1. FACHADA TÉCNICA*

*En el proceso de instalación de la lámina alfajor se observó la necesidad de hacer unos ajustes en el montaje, mediante la utilización de unos accesorios aprobadas por las empresas recientemente. // La producción de dichos accesorios requiere un mes adicional al igual que el montaje.*

*2. VENTANERÍA EDIFICIO*

*-En el proceso de montaje de la ventanería ubicada en el nivel 62.10 fue necesario aumentar las cartelas que dan estabilidad a los tubulares de acero que a su vez sirven de respaldo a la ventanería. // Esta situación implicó la modificación del elemento sillar en aluminio; cuyo diseño fue presentado en días pasados y hoy es objeto de revisión y aprobación por parte de las Empresas.*

*-En el remate de la ventanería contra las torres húmedas (en cada uno de los pisos); convergen 3 contratos diferentes así: Ventanería del Edificio (METÁLICAS II), forros torres húmedas (METÁLICAS V) y acabados torres húmedas. // Esta situación exigió unos ajustes en el diseño y en el montaje dada la complejidad de los elementos que se conjugan en un mismo sitio. // Para esto fue necesario esperar a que muchos de los montajes e instalaciones adyacentes fueran concluidos; dando como resultado los 8 planos que se anexan a la presente y que serán objeto de revisión y aprobación por parte de las empresas. // Para el suministro y montaje de los accesorios consignados en los planos será necesario la toma de medidas por piso ya que las irregularidades de la obra civil así lo exigen; por tal razón requerimos de 3 meses adicionales para el suministro y 2 meses adicionales para el montaje.*

*3. VENTANERÍA TORRES SECAS*

*Para la correcta instalación de los remates de piso de la ventanería al interior de las torres secas; será necesario colocar un accesorio en acero pintado, que garantice el correcto funcionamiento del remate y proporcione además un apoyo uniforme a los pasamanos que colocaran otros contratistas. // Para el suministro y montaje de este accesorio se requiere de 3 meses adicionales para el suministro y 2 meses adicionales para el montaje.*

4.2.12. El 9 de febrero de 1996, el contratista en comunicación dirigida a la EE.PP.MM. manifestó sus observaciones a la futura modificación n.° 7, así (fl. 845, anexo 7, comunicación CEE-013-6):

*Los siguientes son nuestros comentarios al acta de modificación bilateral de la referencia, la cual se encuentra debidamente firmada por el gerente de Generación de Energía de las Empresas, Ingeniero Jaime Vélez Botero.*

*1. Expresamos nuestro consentimiento a la cláusula 2, incluida el parágrafo; cláusula 3; cláusula 4; cláusula 6 y la cláusula 7.*

*2. No aceptamos la inclusión de la cláusula 5, Exoneración de responsabilidades.*

*En virtud de lo anterior, le rogamos el favor de excluir la citada cláusula del acta de modificación, para proceder a la firma del convenio respectivo.*

4.2.13. En el acta de modificación bilateral n.° 7, adiada y firmada con fecha del 6 de febrero de 1996, se consignó (fl. 39, anexo n.° 3):

*Las partes del presente contrato han acordado efectuar las siguientes modificaciones: PRIMERA: Antecedentes. La dificultad existente en la intersección entre la fachada técnica, ventanería de la principal, pisos de las torres húmedas, correspondientes a contratos diferentes, obligó a que la definición de los detalles en estas zonas se postergara hasta tanto actividades involucradas estuvieran suficientemente adelantadas en diseño, construcción y montaje, de tal manera que el comportamiento en cuanto a la impermeabilización de estos puntos fuera satisfactoria. Igualmente, durante el montaje fue necesario definir un accesorio adicional para garantizar el correcto funcionamiento de los remates de piso de la ventanería de las torres* [ilegible] *indispensable esperar a que estos estuvieran totalmente terminados. Lo anterior* [ilegible] *de plazos adicionales para el suministro y el montaje de los elementos de* [ilegible]. *SEGUNDA: Objeto. Como consecuencia de lo anterior, LAS EMPRESAS y EL CONTRATISTA acuerdan prorrogar los plazos para los suministros y los montajes de acuerdo con el siguiente plan* (se describen los nuevos plazos) *(…) PARÁGRAFO: Los índices de la fórmula de reajuste se descongelan para el suministro y montaje, de acuerdo con las fechas establecidas en la presente acta. TERCERA: Plazo contractual. La anterior ampliación de los plazos origina una modificación del plazo general del contrato, el cual se amplía hasta el 30 de abril de 1996. (…) QUINTA: Exoneración de responsabilidades. EL CONTRATISTA declara que con las ampliaciones de plazo contempladas en esta acta, se atienden las solicitudes presentadas por él, por tanto este renuncia a ejercer cualquier acción o reclamación en contra de LAS EMPRESAS y manifiesta que por este hecho no habrá lugar a indemnización alguna por parte de LAS EMPRESAS. SEXTA: Vigencia del contrato original y de las actas de modificación bilateral. Siguen vigentes en su integridad todas las cláusulas del contrato original y de las actas de modificación bilaterales 1, 2, 3, 4, 5 y 6, que no hayan sido modificadas por la presente acta (…).*

*Ver salvedad contenida en nuestra carta n.° CEE-016-6 de fecha 27/II/96.*

4.2.14. El 26 de febrero de 1996, las EE.PP.MM. remitieron al contratista el acta de modificación bilateral arriba referida para su firma y le advirtieron que *“si no est*[aba] *de acuerdo con la cláusula quinta, tal como lo manifiesta en el comunicado CEE-013-6 del 9 de febrero de 1996, deje expresa constancia sobre los motivos de inconformidad”* (fl. 825, anexo 7, memorando 694350).

4.2.15. El 27 de febrero de 1996, el contratista remitió a las EE.PP.MM. el acta de modificación bilateral n.° 7 firmada, con la siguiente salvedad *“que no aceptamos la cláusula quinta “Exoneración de responsabilidades”, contenido en dicho convenio, dado que nuestra empresa no renuncia a extracostos que puedan surgir de la ejecución del contrato”* (fl. 823, anexo n.° 7, comunicación CEE-016-6).

4.2.16. El 25 de abril de 1996, mediante el acta de modificación bilateral n.° 8, las partes introdujeron las siguientes modificaciones (fls. 37 y 38, anexo n.° 3):

*Las partes del presente contrato han acordado efectuar las siguientes modificaciones: PRIMERA: Antecedentes: 1. EL CONTRATISTA cumplió con el plazo establecido hasta el acta de modificación bilateral n.° 6, para el montaje de los ítems escaleras de servicios y forros superiores de torres secas, el cual se había acordado para el 28 de febrero de 1996. 2. El ítem ventanería de las torres secas se terminó parcialmente desde el 12 de abril de 1995, debido a que se dieron definiciones posteriores a esta fecha, las cuales no se han ejecutado por motivos que no son imputables a EL CONTRATISTA. 3. Los ítems fachadas técnicas, escaleras de servicio, forros superiores de torres secas y la parte concluida del ítem ventanería de torres secas y la parte concluida del ítem ventanería de torres secas, fueron ejecutados de acuerdo con las especificaciones. 4. De acuerdo con los términos contractuales, el pago del diez por ciento (10%) final del suministro sólo es posible hacerlo una vez efectuada la entrega total y definitiva del contrato. SEGUNDA: Objeto. Como consecuencia de lo anterior, LAS EMPRESAS y EL CONTRATISTA acuerdan: 1. Recibo definitivo de los ítems 1, 2 y 5, correspondientes a las fachadas técnicas, escaleras de servicio y forros superiores de torres secas, respectivamente. 2. Efectuar el pago del diez por ciento (10%) final de los suministros realizados por EL CONTRATISTA, correspondiente a los ítems fachadas técnicas, escaleras de servicio, forros superiores de las torres secas y la parte concluida de los ítemes ventanería de la torre principal y de las torres secas, si a juicio de LAS EMPRESAS están parcial o totalmente terminados a satisfacción en las fechas establecidas en el acta de modificación bilateral n.° 7, aún en el caso de requerirse nuevas prórrogas sobre el plazo total establecido en la mencionada acta. (…) CUARTA: Exoneración de responsabilidades. EL CONTRATISTA declara que con lo acordado en la presente acta se han atendido por parte de LAS EMPRESAS las solicitudes presentadas por él y por lo tanto, renuncia a ejercer cualquier acción o reclamación en contra de LAS EMPRESAS y manifiesta que por este hecho no habrá lugar a indemnización alguna por parte de LAS EMPRESAS. QUINTA: Vigencia del contrato original y de las actas de modificación bilaterales n.°s 1 a 7. Siguen vigentes en su integridad todas las cláusulas del contrato original y de las actas de modificación bilaterales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 que no hayan sido modificadas por la presente acta. (…)*

*Ver salvedad contenida en nuestra carta n.° CEE-021-6 de fecha 29/IV/96.*

4.2.17. El 29 de abril de 1996, el contratista remitió a las EE.PP.MM. el acta de modificación bilateral n.° 8 firmada, con la salvedad frente a la cláusula quinta, en tanto *“de acuerdo con la ley, el contratista no está obligado a renunciar a ejercer acciones o reclamaciones contras las entidades públicas”* (fl. 728, anexo n.° 7, comunicación CEE-021-6).

4.2.18. En el acta de modificación bilateral n.° 9 del 15 de mayo de 1996, las partes modificaron el contrato así (fl. 36, anexo n.° 3)[[27]](#footnote-27):

*Las partes del presente contrato acuerdan efectuar las siguientes modificaciones: PRIMERA: Antecedentes. En consideración a que algunas de las actividades del contrato se superponen con las actividades de otros contratos, la ejecución del montaje de las mismas y el ajuste del suministro deberán ser pospuestos para que sean realizados paralelamente con el montaje de aquellas. Específicamente en la ventanería de la torre principal, la intersección con la fachada técnica, las torres húmedas y los ductos de aire acondicionado, deberán esperar hasta que todas las actividades confluyentes se estén ejecutando. Para la misma ventanería, la ejecución del montaje del tramo sobre el nivel 62.10 se ha visto interferido por la realización de actividades precedentes en dicho nivel. Para la ventanería de las torres secas, se deberá efectuar un ajuste en el piso de dichas torres a fin de ejecutar adecuadamente el montaje de los remates de piso correspondientes. SEGUNDA: Objeto. Como consecuencia de lo anterior, LAS EMPRESAS y EL CONTRATISTA acuerdan prorrogar los plazos para los suministros y montaje de acuerdo con el siguiente plan* (se pormenoriza los nuevos plazos por cada actividad) *(…) TERCERA: Fórmula de reajustes. LAS EMPRESAS acuerdan con EL CONTRATISTA descongelar los índices de la fórmula de reajustes para el suministro y los montajes, de acuerdo con las fechas establecidas en la presente acta. (…) QUINTA: Exoneración de responsabilidades. EL CONTRATISTA declara que con la ampliación de los plazos, LAS EMPRESAS han atendido las solicitudes presentadas por él, y EL CONTRATISTA renuncia a ejercer cualquier acción o reclamación en contra de LAS EMPRESAS y que por este hecho no habrá lugar a indemnización alguna por parte de LAS EMPRESAS. SEXTA: Vigencia del contrato original. Siguen vigentes en su integridad todas las cláusulas del contrato original y de las actas de modificación bilaterales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 que no hayan sido modificadas por la presente acta (…).*

*Ver salvedad contenida en nuestra carta n.° CEE-027-6 del* (sic) *2*[ilegible) pareciera un tres o un ocho, por lo que bien podría ser 23 o 28] *de mayo de 1996[[28]](#footnote-28).*

4.2.19. El 22 de mayo de 1996, mediante acta de modificación bilateral n.° 10, las partes acordaron (fls. 26 a 35, anexo n.° 3):

*Las partes del presente contrato acuerdan efectuar las siguientes modificaciones: PRIMERA: Antecedentes. Para la correcta y cabal ejecución de las obras objeto del contrato, hubo necesidad de implementar ajustes, perforaciones adicionales, soldaduras, efectuar algunos cajeos para acomodar la ventanería, hacer algunos sellos de silicona, utilizar un grouting para unos rellenos. Así mismo, se solicitó la ejecución de unos ensayos, en la ventanería para conocer su comportamiento en caso de sismo, y en las vigas cantiléver que sostienen la fachada técnica para comprobar su estabilidad. En las torres secas, para evitar la entrada de pájaros hubo necesidad de agregar a las celosías una malla protectora. En el nivel de terraza hubo necesidad de reforzar los parales de la ventanería con unas cartelas de acero para estabilizar esta zona ante la acción de los vientos. Igualmente, se necesitaron implementar algunas modificaciones para poder ajustar y compatibilizar la ventanería y los forros o cierres con Glaze Guard, con elementos de otros contratos como son principalmente los ductos y tuberías del aire acondicionado. SEGUNDA: Objeto. Como consecuencia de lo anterior, LAS EMPRESAS y EL CONTRATISTA acuerdan los precios y las cantidades para las obras extras que se describen a continuación:* (se relacionan las obras por su descripción, unidad, cantidad, valor unitario y valor total) *TERCERA: Valor. El valor de la presente acta asciende a la suma de ciento treinta y tres millones trescientos ochenta y tres mil setecientos setenta pesos m.l. ($133.383.770), de los cuales treinta y seis millones ochocientos ocho mil ciento cuarenta y un pesos m.l. ($36.808.141), corresponden al suministro y noventa y seis millones quinientos setenta y cinco mil seiscientos veintinueve pesos m.l. ($96.575.629) corresponden al montaje (…). PARÁGRAFO 1: Los reajustes deberán calcularse teniendo en cuenta la distribución indicada en la cláusula segunda, según sean los precios al origen del contrato, a enero de 1995, o al mes de abril de 1996, para lo cual los índices de la fórmula de reajuste se descongelan hasta la fecha de terminación contractual al de cada ítem. PARÁGRAFO 2: LAS EMPRESAS reconocerán a EL CONTRATISTA los costos financieros generados desde la fecha de terminación contractual de cada ítem hasta la fecha de facturación de los valores consignados en la presente acta, entendiendo por aquellos el resultado de la inflación por dicho período. EL CONTRATISTA se obliga a presentar la factura por el valor correspondiente a la presente acta, dentro de los dos (2) días siguientes a la fecha de la notificación del perfeccionamiento de la presente acta. (…) QUINTA: Exoneración de responsabilidades. EL CONTRATISTA declara que con las cantidades y con los precios pactados en esta acta se atienden las solicitudes presentadas por él y se cubren todos los costos directos e indirectos, incluyendo la administración, los imprevistos y las utilidades, por lo tanto, con el pago de los mismos, LAS EMPRESAS quedan a paz y salvo con EL CONTRATISTA por estos conceptos, y este renuncia a ejercer cualquier acción o reclamación en contra de LAS EMPRESAS y que por ese hecho no habrá indemnización alguna por parte de LAS EMPRESAS. PARÁGRAFO: Se aclara que la exoneración de responsabilidades se refiere únicamente a lo pactado en esta acta de modificación y que por lo tanto EL CONTRATISTA se reserva la facultad de efectuar las reclamaciones judiciales o extra judiciales, específicamente sobre los aspectos contenidos* ***en la reclamación efectuada mediante comunicación CEE-036-6 del 30 de agosto de 1996[[29]](#footnote-29)****, recibida en LAS EMPRESAS el 2 de septiembre de 1996, con excepción de la reclamación que se hace en el numeral 11 de la mencionada comunicación “Obras extras ejecutadas y no pagadas”, las cuales constituyen el objeto de acuerdo de la presente acta de modificación bilateral. SEXTA: Vigencia del contrato original y de las actas de modificación bilaterales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 6, 8 y 9. Siguen vigentes todas las cláusulas del contrato original y de las actas de modificación bilateral 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 que no hayan sido modificadas por la presente acta (…)* (se destaca)*.*

4.2.20. El 31 de mayo y el 15 de julio de 1996, se hizo la entrega de las obras contratadas, las cuales fueron recibidas a satisfacción por parte de las EE.PP.MM. (fls. 136 a 141, anexo n.° 6).

4.2.21. El 17 de julio de 1997, la contratista comunicó a la contratante el recibo del acta de modificación bilateral n.° 11[[30]](#footnote-30), donde se proponía, además de una transacción de las diferencias entre las partes, la liquidación del contrato. En esa oportunidad, el contratista también manifestó su inconformidad con el referido documento, así (fls. 896, anexo n.° 15, comunicación n.° CE-459-35):

*1. Devolvemos sin firmar el proyecto de acta de modificación bilateral n.° 11, por cuanto no estamos de acuerdo con el texto de la cláusula tercera “transacción” y su correspondiente parágrafo.*

*2. Tampoco estamos de acuerdo con la cláusula cuarta “Liquidación de obras”, ni con las cláusulas quinta y sexta relativas al valor de las “garantías”, ni con la cláusula séptima relacionada con la “Exoneración de responsabilidades”, ni con la cláusula octava “Gastos de legalización”; por cuanto incluyen aspectos relacionados con una transacción que no ha sido aceptada por Industrias Lehner S.A. y muchos menos convenida; además contienen una serie de conceptos no acordados con Industrias Lehner S.A., que inciden en el valor del contrato.*

*3. De igual manera nos reiteramos en nuestra solicitud de reconocimiento económico por mayores costos generados en el desarrollo del contrato, presentada a las Empresas el día 30 de agosto de 1996, según oficio CEE-036-6 y que asciende hoy a $3.454.000.000 pesos constantes de julio de 1997.*

4.2.22. El 29 de enero de 1997, mediante oficio n.° 670118, las EE.PP.MM. dieron respuesta a la comunicación n.° CEE-036-6 del 30 de agosto de 1996 (en la cual el contratista solicitó varios reconocimientos), argumentos que después serían recogidos en la liquidación unilateral, como se verá más adelante. En el referido documento, la demandada sostuvo (fls. 152 a 167, c. ppal):

(i) Frente a la solicitud por el comportamiento de la fórmula de reajuste, similar a lo solicitado en el *sub lite*, la entidad contratante sostuvo que el contratista estuvo al tanto del alcance de la fórmula de reajuste, sin que se opusiera a los términos en que quedó fijada, razón por la cual debía estarse a su aplicación.

(ii) En cuanto a los efectos de la mayor permanencia en la obra por los costos directos e indirectos del contrato, la contratante estimó que resultaba pertinente esta solicitud, razón por la cual la contratista tendría derecho al reconocimiento de $99.683.442, por un total de seis meses como máximo; sin embargo, a juicio de la contratante, esa suma debía reducirse porque el contratista manejó simultáneamente tres contratos en el edificio de las EE.PP.MM., razón por la cual pudo alternar los recursos humanos y físicos según los requerimientos de cada contrato; además, desde enero de 1996, el contrato entró en una fase final, lo que hizo que los suministros y montajes fueran mínimos, y, por último, el contratista también incumplió con sus obligaciones (ocurridos entre noviembre de 1994 y octubre de 1995). En esas condiciones, estimó que el reconocimiento por mayor permanencia en la obra debía ser de $35.130.022 por 1.85 meses.

Por último, la demandada precisó que ese valor por mayor permanencia en la obra no incluía los gastos de recursos humanos y físicos, en tanto estos se distribuyeron entre los diferentes contratos; la ejecución del contrato en estudio le significó al contratista más trabajo del previsto originalmente, con el mismo personal, maquinaria y transporte, y las inversiones en esos mismos *ítems* lo fueron por razón de la ejecución del contrato.

(iii) En lo relacionado con la tardanza en la devolución de las retenciones del 10%, como consecuencia de las prórrogas del contrato, la contratante estimó pertinente reconocerle al contratista los costos financieros asumiendo un interés del DTF más dos puntos, lo cual arrojó un total de $60.248.105.

(iv) La demandada consideró improcedente el reconocimiento de los diseños adicionales elaborados por el contratista, en tanto el numeral 1.08.07 del pliego de condiciones supeditó el reconocimiento de ese tipo de modificaciones a la suscripción de un contrato adicional. De lo contrario, los diseños podían variarse y esos cambios debían ser asumidos por el contratista.

(v) En cuanto al reconocimiento de los sobrantes del material empleado para el suministro, la demandada recordó que las estipulaciones del pliego de condiciones eran claras en definir que los pesos debían calcularse con los valores netos y no con los brutos como lo pretende el contratista.

(vi) La demandada estimó procedente reconocerle al contratista la suma de $2.599.804 por concepto del impuesto de previsión social y $3.060.250 por devolución del IVA.

4.2.23. El 15 de agosto de 1997, mediante resolución n.° 72840, las EE.PP.MM. liquidaron unilateralmente el contrato de obra n.° 9/DJ-828/122 de 1993, aquí en estudio, en los siguientes términos (fls. 199 a 205, c. ppal):

*3. Que para la ejecución de las obras el contratista disponía de un plazo de diecinueve (19) meses contados a partir del 13 de diciembre de 1993, fecha en que las Empresas dieron la orden de iniciar los trabajos.*

*4. Que mediante las actas de modificación bilaterales 4, 6, 7 y 9, dicho plazo fue ampliado en doce (12) meses, finalizando este el 15 de julio de 1996, fecha en la cual las obras fueron recibidas por parte de las Empresas.*

*5. Que en la cláusula décima octava de la minuta del contrato del pliego de condiciones y especificaciones de la licitación ES-1579GN, que dio origen al contrato, se estableció que en los casos previstos en el Estatuto Contractual de las Empresas se procederá a la liquidación del contrato de acuerdo con las formalidades allí establecidas.*

*6. Que para dar cumplimiento a la disposición citada, las Empresas elaboraron el acta de modificación bilateral 11, de transacción y de liquidación del citado contrato, la cual una vez firmada por el Gerente General de esta entidad fue presentada a la sociedad contratista, con el fin de que fuera estudiada por su representante legal.*

*7. Que con el oficio CE-459-35, fechado el 17 de julio de 1997, el Director de la obra de la sociedad contratista devolvió el acta en mención, sin la firma del representante legal, manifestando su inconformidad con algunas cláusulas incluidas en ella. (…)*

*RESUELVE:*

*Artículo 1. Liquidar unilateralmente la obra pública del contrato 9/DJ-828/12, celebrado entre las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN y la sociedad INDUSTRIAS LEHNER S.A., cuyo objeto se indicó en el considerando 1, de conformidad con lo siguiente:*

*a) Valor total del contrato: Inicialmente el valor del contrato fue estimado en dos mil ciento diecisiete millones trescientos cuatro mil setecientos cincuenta y siete pesos m.l. ($2.117.304.757), pero finalmente el valor de las obras ejecutadas por el contratista ascendió a la suma de tres mil doscientos treinta y un millones doscientos noventa y tres mil doscientos veintidós pesos m.l. ($3.231.293.222), sin incluir el IVA, discriminados de la siguiente forma:*

*Valor por obra contractual ejecutada y pagada: $454.168.389.oo*

*Suministros $193.456.630.oo*

*Valor por obra extra del AMB1 ejecutada y pagada:*

*Suministros $1.819.719.050.oo*

*Valor por obra extra del AMB5 ejecutada y pagada:*

*Suministros $72.625.977.oo*

*Montajes $37.973.977.oo*

*Valor por obra extra del AMB10 ejecutada y pagada:*

*Suministros $36.808.141.oo*

*Montajes $96.575.629.oo*

*Valor reajustes pagados por obra contractual:*

*Suministros $45.035.687.oo*

*Montajes $59.080.393.oo*

*Valor reajustes pagados por obra extra:*

*Suministros $247.002.458.oo*

*Montajes $60.014.799.oo*

*Valor obra contractual por pagar:*

*Suministros $334.981.oo*

*Montajes $958.941.oo*

*Valor obra extra del AMB1 por pagar:*

*Suministros $4.297.232.oo*

*Valor reajuste por pagar por obra contractual:*

*Suministros $606.584.oo*

*Montajes $3.060.398.oo*

*Valor reajustes por pagar por obra extra:*

*Suministros $3.900.152.oo*

*Montajes $25.317.oo*

*Valor por pagar reconocimientos de mayores costos:*

*Mayor permanencia en la obra $35.130.022.oo*

*Costos financieros por el pago extemporáneo del*

*10% final del suministro $60.248.105.oo*

*Valor total por suministros $2.715.017.116.oo*

*Valor total por montajes $486.276.106.oo*

*VALOR TOTAL DEL CONTRATO (sin IVA) $3.231.293.222.oo*

*b) Obra adicional y extra pendiente por legalizar: Las siguientes son las cantidades de obra pendientes de legalización: 1) Del ítem 3.1, “Suministro de perfiles de aluminio anodizado para la ventanería del edificio”, 2.206.68 kg, a razón de $7.313.80 kg. para un total de $16.139.216.oo, debido a que este suministro se ejecutó por encima de la cantidad pactada en el acta de modificación bilateral 1. 2) Del ítem 3.2. “Suministro de perfiles de acero galvanizado para la ventanería del edificio” 13.360 kg, a razón de $2.290.oo kg, para un valor total de $30.594.400,oo, debido a que este suministro se ejecutó por encima de la cantidad en el contrato inicial. 3) Del ítem 8, “Montaje de la ventanería del edificio”, 1.278.73 kg, a razón de $360.oo kg, para un valor total de $460.343.oo, debido a que esta actividad se ejecutó por encima de la cantidad pactada en el contrato inicial. Y, 4) Del ítem 10, “Montaje de los forros superiores para las torres secas”, 9.289.38 kg, a razón de $935.oo kg, para un valor total de $8.685.570.oo, debido a que esta actividad se ejecutó por encima de la cantidad pactada en el contrato inicial.*

*c) Transacción. Las Empresas reconocen en favor del contratista la suma de ciento un millones ciento treinta y ocho mil ciento ochenta y un pesos m.l. ($101.138.181), por los siguientes conceptos: Treinta y cinco millones ciento treinta mil veintidós pesos m.l. ($35.130.022), por concepto de mayor permanencia en la obra; sesenta millones doscientos cuarenta y ocho mil ciento cinco pesos m.l. ($60.248.105), por concepto de costos financieros por el pago extemporáneo del diez por ciento (10%) final de los suministros; dos millones quinientos noventa y nueve mil ochocientos cuatro pesos m.l. ($2.599.804), por concepto de la devolución del impuesto de previsión social derogado, el cual se liquidó sobre el valor de la obra no contemplada inicialmente en el contrato y ejecutada por el contratista por orden de las Empresas; y, tres millones sesenta mil doscientos cincuenta pesos m.l. ($3.060.250), por concepto del dos por ciento (2%) adicional del IVA. El pago de los conceptos antes mencionados, fue autorizado por el Gerente General de las Empresas, mediante oficio 670118 del 29 de enero de 1997, dirigida al contratista.*

*d) Liquidación de obra: De acuerdo con lo anterior, la liquidación de la obra ejecutada en cumplimiento del contrato, es la siguiente:*

*a) Sumas adeudadas por las Empresas al contratista:*

*Obra contractual legalizada pendiente de pago:*

*Suministros $334.981.oo*

*Montajes $958.941.oo*

*Obra extra del AMB1 por legalizar pendiente de*

*pago*

*Suministros $4.927.232.oo*

*Valor reajustes por pagar contractual:*

*Suministro $606.584.oo*

*Montajes $3.060.398.oo*

*Valor reajustes por pagar de la obra extra:*

*Suministro $3.900.512.oo*

*Costos adicionales pendientes por pagar:*

*Mayor permanencia en la obra $35.130.022.oo*

*Costos financieros por el pago extemporáneo*

*Del 10% final del suministro $60.248.105.oo*

*Subtotal $108.562.092.oo*

*Más IVA (14%) $15.198.693.oo*

*Menos retención en la fuente (3%) $3.256.863.oo*

*Más otros costos adicionales pendientes*

*por pagar:*

*Devolución del impuesto de previsión social $2.599.804.oo*

*Autorización para la facturación del 2%*

*adicional del IVA $3.060.250.oo*

*TOTAL $126.163.976.oo*

*(…)*

*g) Gastos de legalización: Todos los gastos que se originen por la presente liquidación unilateral de la obra pública del contrato, serán por cuenta del contratista. El contratista deberá cancelar el impuesto de timbre sobre la suma de noventa y seis millones setecientos ochenta y tres mil quinientos sesenta y un pesos m.l. ($96.783.561), la cual resulta del siguiente detalle:*

*Valor inicial del contrato $2.117.304.757.oo*

*Valor acta de modificación bilateral 1 $374.605.257.oo*

*Valor acta de modificación bilateral 5 $90.219.729.oo*

*Valor acta de modificación bilateral 10 $133.383.770.oo*

*Valor del contrato legalizado (valor inicial más*

*valor actas de modificación 1, 5 y 10) $2.715.513.513.oo*

*Valor por obra contractual y extra pagada $2.711.327.793.oo*

*Valor por obra contractual y extra por pagar*

*Más reconocimiento de mayores costos autorizado*

*Con el oficio 670118 de enero 29 de 1997 $100.969.281.oo*

*Valor total del contrato (no incluye reajustes) $2.812.297.074.oo*

*Diferencia por legalizar $96.783.561.oo*

*Si el contratista no efectuare la consignación del impuesto de timbre, las Empresas procederán a hacerlo en su nombre, descontando el valor correspondiente de las sumas que se le adeuden a aquél.*

*Artículo 2. Una vez otorgados los certificados modificatorios de las pólizas, consignado el impuesto de timbre y ejecutoriada esta resolución, las Empresas cancelarán el saldo debido al contratista. (…).*

4.2.24. El 10 de octubre de 1997, por medio de la resolución n.° 75821, las EE.PP.MM. decidieron el recurso de reposición interpuesto por la contratista, en los siguientes términos:

*3. Que en el escrito de sustentación del recurso el contratista explica que no está de acuerdo con la liquidación unilateral contenida en el acto administrativo, por las siguientes razones:*

*3.1. Dice que no es cierto lo expresado en el literal c) del artículo 1 de la resolución citada, por cuanto los pagos relacionados allí son unilaterales, pues no obedecen a convenios legalizados con INDUSTRIAS LEHNER S.A. y que esta sociedad en ningún momento acordó la transacción a que se refiere dicho literal.*

*3.2. Tampoco está de acuerdo con el valor del contrato, puesto que en él no se incluye el reconocimiento de extracostos solicitado en agosto 30 de 1996.*

*Agrega, que es inadmisible que las Empresas no hayan mostrado voluntad para solucionar las controversias originadas en el contrato, permitiendo que se incrementen los extracostos ocasionados durante la ejecución del contrato y contrariando con ello la doctrina y la jurisprudencia nacional, cuya tendencia es que las entidades públicas restablezcan razonablemente el desequilibrio económico de los contratos cuando fuere alterado por causas imputables a las mismas.*

*4. Que en contraposición a lo argumentado por el recurrente, la entidad contratante plantea lo siguiente:*

*4.1. Efectivamente y como lo afirma el recurrente, los pagos relacionados en el literal c), artículo 1 de la resolución impugnada, no fueron objeto de convención o acuerdo, toda vez que el representante legal de INDUSTRIAS LEHNER S.A. se negó a firmar el acta de modificación bilateral n.° 11, de transacción y de liquidación de obra, mediante la cual las Empresas pretendían hacer el reconocimiento de los mayores costos, que a su juicio, se originaron durante la ejecución del contrato 9/DJ-828/122. Por tal motivo la suma objeto de transacción, debió incluirse en la resolución 72840 de agosto 15 de 1997, en la cual se liquida unilateralmente el contrato.*

*4.2. El reconocimiento de los extracostos cuya solicitud presentó el contratista a las Empresas en agosto 30 de 1996, fue analizado en detalle por la entidad contratante, habiéndosele dado respuesta a INDUSTRIAS LEHNER S.A. el 29 de enero de 1997, mediante el oficio 670118.*

*En la comunicación citada el Gerente General de las Empresas le explicó al contratista cuál era la posición de esta entidad con relación a cada uno de los aspectos objeto de reclamación, por tal motivo y en aras de la brevedad se considera innecesario repetir en la presente resolución los puntos debatidos en dicha oportunidad.*

*De otro lado, no es cierto que las empresas no hayan mostrado su voluntad para dar solución a las reclamaciones presentadas por INDUSTRIAS LEHNER S.A. Prueba de su ánimo de colaborar y de resolver ecuánimemente las diferencias surgidas entre las partes durante la ejecución del contrato, fue la decisión tomada por la entidad contratante en el sentido de reconocer al contratista la suma de ciento un millones ciento treinta y ocho mil ciento ochenta y un pesos ($101.138.181), por concepto de mayor permanencia en la obra, devolución del impuesto de previsión social derogado e IVA, así como por los costos financieros originados en el pago extemporáneo del diez por ciento (10%) final del valor de los suministros.*

4.2.25. De las pruebas testimoniales decretadas y practicadas por el *a quo*, se tiene:

4.2.25.1. El señor Adriano Amaya Suárez, ingeniero civil, director de la interventoría de las EE.PP.MM., declaró que el contrato fue objeto de varias modificaciones, unas veces por solicitud del contratista y otras por situaciones que se presentaban en la obra; señaló que las primeras modificaciones se debieron a la solicitud del contratista para que se le aceptara su propuesta alternativa. Precisó que sólo al fin de la obra se presentaron reclamaciones por mayor permanencia en la obra y que durante las modificaciones el contratista se mostró conforme con lo pactado en ellas; sostuvo que la actora aceptó sin objeciones la fórmula de reajuste contenida en los pliegos; señaló que el descongelamiento de los índices permitió conservar los precios pactados; precisó que el contratista era quien debía hacer los planos de taller para realizar su trabajo; precisó que el criterio de pago fue el de medida neta. Igualmente, precisó que el contratista se quedó con los materiales sobrantes y bien los podía utilizar para la fabricación de otros productos. En esa medida, estimó desproporcionado pagar esos sobrantes, cuando la demandada no se quedó con ellos. De la misma forma, afirmó que la demandada se asesoró de la compañía SEDIC Mejía y Villegas para determinar la forma de pago (fls. 214 a 224, c. ppal).

4.2.25.2. El señor Alberto García Londoño, ingeniero civil, director del proyecto en estudio, precisó que el reconocimiento al contratista por los diseños elaborados resultaba improcedente, en tanto fueron parte de lo pactado contractualmente. Igualmente, señaló que tampoco logró demostrar el valor de esos diseños y, además, en la modificación n.° 1 quedaron incluidas todas las sumas necesarias para la cabal ejecución del contrato; señaló que el pago de los retenidos en la forma reclamada por el contratista no se justificó, razón por la cual la demandada procedió a reconocer esos dineros con base en la DTF más dos puntos, tal como se le propuso al contratista a título de transacción; aclaró que el método más común en este tipo de contratos es fijar el peso por la medida neta; reiteró que, aunque la regulación en los pliegos sobre el peso y el precio era clara, se consultó con el asesor de la demandada, con el fin de respaldar el entendimiento expuesto, que no es otro que el peso sería neto; precisó que la fórmula de reajuste se aplicó de acuerdo con lo pactado, y señaló que la aceptación de la propuesta alternativa no comportó la variación de la mayoría de los diseños, sino su ajuste a como se propuso originalmente (fls. 229 a 239, 242 a 249, c. ppal).

4.2.26. El 29 de enero de 2003, los peritos Luis Patiño Lemos y Hernán Vicente Paz Valencia, ambos ingenieros civiles, rindieron la experticia solicitada por la parte actora (fl. 104, c. ppal), con el fin de cuantificar los perjuicios causados con las circunstancias que alteraron el equilibrio económico del contrato. Para el efecto, los peritos debían utilizar las fórmulas que consideraran pertinentes y compararlas con las utilizadas en la demanda (fls. 258 a 312, c. ppal)[[31]](#footnote-31).

Después de consignar los apartes pertinentes del pliego de condiciones y del contrato, así como del Decreto Ley 222 de 1983 y de la Ley 80 de 1993, además de la inspección a la fábrica de la actora (fls. 259 a 279, c. ppal 2), los peritos concluyeron:

(i) Que los materiales sobrantes no pudieron ser reutilizados, en tanto para algunos se requiere de un proceso de fundición con el que no cuenta la sociedad actora, otros desperdicios no son comerciales o sus componentes minerales los contaminan hasta el punto de impedir su aprovechamiento (fls. 281 a 283, c. ppal 2).

(ii) Sobre la ineficiencia de la fórmula de reajuste del contrato, los peritos señalaron (fls. 283 y 284, c. ppal 2):

*Es verdad que el contratista al firmar el contrato con Las Empresas aceptó la fórmula de reajuste transcrita en el numeral 2.1 del dictamen, pero tal aceptación no puede interpretarse, como lo hace la entidad demandada, en sentido ilimitado en el tiempo, mucho menos en tratándose de una economía como la nuestra, basa en una unidad monetaria que cambia a diario de poder adquisitivo. La fórmula, contra toda lógica matemática y económica, contempla que los denominadores de las relaciones de índice de precios de los distintos elementos y salarios son los promedios aritméticos de dichos índices en el período contemplado. Esto es a todas luces inequitativo y atentatorio contra la ecuación de equilibrio que debe regular los contratos de obras. Pero, dado que en periodos relativamente cortos su incidencia no es muy grave, puede ser compensada con otros beneficios contemplados en la ecuación de equilibrio. Más con la ampliación de plazos la variación de precios rompe necesariamente dicho equilibrio en la ecuación económica. De aquí que dicha fórmula, aunque discutible, suele aplicarse tomando los índices de costos iniciales y finales respectivos.*

*En la gráfica n.° 1 que anexamos al dictamen puede apreciarse objetivamente cómo variaron los índices de precios de la mano de obra, del aluminio, de los elementos metálicos y del vidrio en el lapso que va de julio de 1993 a junio de 1996 (líneas delgadas); así mismo se ve cómo el factor de reajuste para suministro (línea gruesa azul) y el factor de montaje (línea gruesa verde) se quedan muy por debajo de la línea de precios al consumidor (gruesa roja). Esto es indicativo de un desequilibrio económico.*

*Bien podría el contratista, ante las sucesivas modificaciones bilaterales (diez), denunciar la eficacia de la fórmula del contrato para los suministros y montajes, pero se limita a reclamar la aplicación de la siguiente fórmula lógica para los suministros adicionales a partir de mayo del 95, y los montajes a partir de diciembre del 95, así (…)* [se hacen las operaciones matemáticas con la propuesta de la actora]*.*

Finalmente, los peritos, con base en la fórmula propuesta por la actora, sin explicar por qué la acogen, simplemente realizan las operaciones matemáticas correspondientes, cuantificaron los desfases como consecuencia de la cláusula de reajuste en un total de $204.255.855. De esa suma, $144.348.104 corresponden a los desajustes propiamente dichos y $59.907.751 a intereses a julio de 1996 (fls. 284 a 288, c. ppal 2).

(iii) En lo que tiene que ver con la mayor permanencia en la obra, después de efectuar la distribución de costos así: materiales 60%, equipo y maquinaria 15%, mano de obra 10%, administración 10% y otros (imprevisto) 5%, para un ciento por ciento, calcularon que los costos por este concepto ascendieron a la suma de $826.059.545 (fls. 288, 289 y 309, c. ppal 2).

(iv) Los sobrecostos por devolución tardía de los retenidos, los peritos calcularon los costos financieros a julio de 1996 con base en los intereses bancarios, ejercicio que les arrojó la suma de $104.067.066 (fls. 289 a 291, c. ppal).

(v) En relación con los sobrecostos por los diseños, los peritos, después de analizar los pliegos de condiciones y el contrato, concluyeron que el contratista no estaba obligado a realizar ningún diseño, distinto a los planos de taller. Igualmente, sostuvieron que el contratista debió realizar nuevos diseños, con base en lo consignado en las actas de modificación bilaterales y la visita realizada a la fábrica de la actora, de donde además concluyeron que el contratista introdujo variaciones al 75% de los diseños, los cuales fueron aprobados por la demandada. Para cuantificar el valor de esos diseños, tomaron el valor del *ítem* correspondiente, el porcentaje del rediseño y la estimación del diseño en un 6%, sin explicar el fundamento de este último porcentaje. Ese ejercicio arrojó la suma de $129.158.400, como valor a reconocer por diseños al contratista (fls. 289 a 295, c. ppal 2).

(vi) En cuanto a la forma de pago, los peritos con base en el Código Colombiano de Construcciones Sismorresistentes, numerales 9.2. y 9.2.1, concluyeron que los pesos debían ser brutos. Aunque aceptaron que si bien en las primeras actas la demandada reconoció los pesos como brutos, después, sin justificación alguna, pasaron a la modalidad de pesos netos. Al calcular el valor adeudado por este concepto determinaron que la suma ascendía a $221.479.158 (fls. 291 a 298, c. ppal 2).

Por último, si bien en el peritaje se refieren a otros conceptos, como la devolución del impuesto de previsión social, mayor aporte a la seguridad social y mayor pago por IVA (fls. 298 a 300, c. ppal 2), la Sala se abstendrá de referir a los mismos, en tanto no son objeto de la demanda y, por consiguiente de la prueba decretada.

4.2.26.1. Una vez se corrió traslado de la prueba pericial (fl. 313, c. ppal 2), la demandada solicitó su aclaración y complementación, así: (i) en cuanto a la fórmula de reajuste, pidió que se explique por qué esa cláusula desequilibra la relación contractual, cuando el contratista la conoció desde la presentación de su propuesta, además que los índices se descongelaron, con lo cual se respondió a la ampliación de los plazos; (ii) que se expliquen los fundamentos para cambiar la fórmula de reajuste; (iii) se precise cuál fue la razón para desconocer la tasación de las mayores cantidades de obra reconocidas en la liquidación unilateral; (iv) igual precisión solicitó sobre la devolución tardía de los retenidos, en tanto en el ejercicio liquidatorio también se reconoció una suma al contratista; (v) frente a los diseños, solicitó que se explicara la razón para que la entidad los asumiera, en tanto fueron el resultado de la aceptación de la propuesta alternativa del contratista y fue él quien determinó los cambios en los diseños, y (vi) sobre la forma de pago solicitó que se aclarara la remisión al Código Colombiano de Construcciones Sismorresistentes, cuando esa norma es supletoria del contrato y en él se pactó que sería con pesos netos. Además, solicitó aclarar la razón para asumir el costo por la no utilización de los sobrantes, cuando ello se debió a circunstancias ajenas a la demandada (fls. 314 a 323, c. ppal 2).

4.2.26.2. Los peritos en su aclaración y complementación procedieron a efectuar el cruce entre los cálculos de su dictamen y lo reconocido en la liquidación unilateral. En los demás confirmaron sus conclusiones iniciales (fls. 348 a 354, c. ppal 2).

4.2.26.3. Una vez se corrió traslado del escrito anteriormente mencionado (fl. 355, c. ppal 2), la parte demandada objetó por error grave el dictamen pericial, en tanto (i) los peritos debieron efectuar los cálculos en la forma en que ellos lo consideraban pertinente y compararla con la propuesta en la demanda, y sólo se limitaron a hacerla de esta última forma al considerarla como la pertinente, con lo cual no cumplieron con la prueba encomendada; (ii) en los demás reiteró sus reparos frente a las conclusiones sobre la forma de pago, la cláusula de reajuste y los sobrecostos por diseños realizados por el contratista, y, por último, solicitó la práctica de un nuevo dictamen para probar sus objeciones (fls. 356 a 372, c. ppal 2).

4.2.26.4. El 26 de mayo de 2003, el *a quo* decretó la prueba pericial arriba solicitada (fl. 399, c. ppal 2). El 13 de noviembre siguiente, el perito Enrique Ordoñez Montoya, ingeniero civil, rindió la prueba decretada, así (fls. 404 a 412, c. ppal 2):

(i) Los primeros peritos pasaron por alto los valores reconocidos en la liquidación unilateral.

(ii) En la cláusula de reajuste no se estipuló que una vez amortizado el anticipo debía variarse el cálculo estipulado en esa cláusula, o que este fuera el valor fijo de esa fórmula, como lo entendieron los peritos. Igualmente, la cláusula de reajuste fue variada por los peritos para obtener sus cálculos.

(iii) Los peritos se limitaron a seguir los cálculos de la demanda.

(iv) La cláusula de reajuste se aplicó de conformidad con lo pactado.

(v) La variación de los diseños se debió a las propuestas presentadas por el contratista y los valores que significaron esas modificaciones fueron incorporados en el acta de modificación bilateral n.° 1.

(v) La cláusula de reajuste cumplió con la finalidad de compensar las alzas en los insumos, en los términos pactados en el contrato.

(vi) Frente a la mayor permanencia en la obra estimó que se debía al contratista la suma de $103.868.441, cifra que incorporó el descuento de lo reconocido en la liquidación unilateral.

(vii) Sobre la devolución tardía de retenidos, el perito compartió el reconocimiento realizado en la liquidación unilateral del contrato.

(viii) En cuanto a los sobrecostos por diseños realizados por el contratista, estimó que debían ser asumidos por el contratista de acuerdo con lo pactado.

(ix) Frente a la forma de pago, el perito concluyó que se hacía en la forma pactada en la cláusula 5.05.01 del pliego de condiciones.

4.2.26.5. Una vez se corrió traslado del anterior dictamen (fl. 413, c. ppal 2), la demandada solicitó aclaración y complementación así: si los pagos efectuados por la demandada durante la mayor permanencia en la obra tenían incorporado el concepto de administración que se reconoce en el dictamen y si de conformidad con las pruebas obrantes el contratista demostró los mayores costos que reclama (fls. 414 y 416, c. ppal 2).

4.2.26.6. El perito precisó que los pagos efectuados por la demandada incorporaban el concepto de administración, pero que éste no correspondía al presupuestado, en tanto variaron las condiciones originales del contrato. En lo demás ratificó su dictamen original (fls. 419 a 421, c. ppal 2).

4.2.26.7. Frente a la objeción por error grave, la Sala considera suficiente con señalar que ese punto no fue objeto de la apelación, razón de más para no pronunciarse sobre el particular. Con todo, los argumentos de la objeción se encaminan a cuestionar principalmente las conclusiones de los peritos, situación que no puede constituir un error grave, en tanto resulta entendible la diferencia de criterio frente a los puntos propuestos en la presente *litis*. En ese orden, la Sala valorará en conjunto todas las pruebas, incluidas las periciales, para que de acuerdo con el grado de convicción que de ese ejercicio se derive adoptar la decisión que corresponda.

**5. DEL ANÁLISIS PARTICULAR DE LOS CARGOS DE NULIDAD FRENTE A LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL**

Los cargos de nulidad formulados por la parte actora en contra de los actos administrativos de liquidación unilateral se concretan en la falta de reconocimiento de los siguientes perjuicios:

(i) Los derivados de la ineficiencia de la fórmula de reajuste; (ii) el pago de los diseños realizados por el contratista; (iii) los perjuicios generados por la mayor permanencia en la obra: (a) la menor amortización de los recursos y (b) el pago de los retenidos, y (iv) las diferencias de criterios frente a la medida del peso y el pago del suministro.

En consecuencia, en ese mismo orden serán abordados para determinar su prosperidad, así:

**5.1. La ineficiencia de la cláusula de reajuste**

5.1.1. Huelga recordar que la parte actora sostuvo en su demanda y en su alzada que la cláusula de reajuste no fue prevista para las prórrogas sino para el plazo originalmente pactado. Igualmente, afirmó que el hecho de no aplicarse esa fórmula sobre el anticipo, sino sobre los saldos que quedaron, dio lugar al desequilibrio de la ecuación hhh, kfinanciera. Asimismo, estimó que el peritaje era prueba suficiente de esta reclamación.

5.1.2. De entrada precisa recordar que *“**uno de los supuestos que da lugar a la ruptura del equilibrio económico-financiero de los contratos es la variación de precios, bien sea por incremento o por disminución, y esa variación puede tener origen en distintos fenómenos como: i) la fluctuación de la relación entre oferta y demanda de bienes y servicios, pues constituye un principio elemental de la economía que, a mayor demanda y menor oferta, el precio de los bienes en el mercado sube y, por el contario, a mayor oferta y menor demanda los precios del mercado tienden a bajar (ley de demanda)[[32]](#footnote-32), ii) la inflación que, vista de manera general, se produce cuando el circulante monetario es mayor que la cantidad de bienes que se producen en una economía determinada, lo cual genera que el poder adquisitivo de la moneda sea menor y, como consecuencia obligada, los precios tengan una alza generalizada y constante[[33]](#footnote-33), iii) la devaluación, que se refiere a la pérdida del valor nominal de la moneda de un país, pero, a diferencia de la inflación, se mide en relación con la moneda extranjera y no en relación con los bienes que se producen en el orden interno, aunque por efecto también causa alteración en los precios de los bienes y servicios, pues, si el valor nominal de la moneda desciende, los precios suben o, lo que es lo mismo, se debe pagar una mayor cantidad de moneda circulante por un bien o un servicio determinado[[34]](#footnote-34) y iv) la revaluación, que constituye el fenómeno opuesto a la devaluación[[35]](#footnote-35)”*[[36]](#footnote-36).

En ese orden, los anteriores supuestos, entre muchos otros, *“pueden tener incidencia en los precios de los bienes y servicios y, aunque pueden ser previsibles en cuanto a su ocurrencia, son imprevisibles en cuanto a sus efectos cualitativos, cuantitativos y temporales (frecuencia); por tal razón, su estimación es compleja, como complejo es el darles tratamiento de riesgo previsible; además, son incontenibles, inevitables e irresistibles. // Uno de esos riesgos previsibles en una economía inflacionaria como la nuestra, es el económico, que se produce como consecuencia de la fluctuación, el incremento continuo y generalizado o la disminución del valor de los bienes, servicios y factores productivos, a lo largo del tiempo; por esa razón, con el objeto de prefijar las consecuencias futuras, previsibles y evitar que el riesgo impacte de forma grave la economía del contrato, las partes deben pactar, siempre que resulte viable, cláusulas de estabilización, reajustes o corrección de precios, para que el contratista reciba una contraprestación real y equivalente a la prestación ejecutada”*[[37]](#footnote-37).

Ahora, la pregunta es qué pasa cuando esa fórmula de reajuste resulta insuficiente o ineficiente, como lo alega la parte actora en esta oportunidad. En ese supuesto, es posible para las partes activar el mecanismo de revisión de precios[[38]](#footnote-38). Así lo ha recordado la Subsección A al señalar que[[39]](#footnote-39):

*Al convenir la cláusula de reajuste, las partes, razonablemente, prevén lo previsible, de modo que sólo frente a la ocurrencia de hechos (económicos)[[40]](#footnote-40) anormales, extraordinarios e imprevisibles, que impacten en forma grave la economía del contrato y frente a las cuales se tornen ineficaces los mecanismos de reajuste estipulados, se pueden revisar los precios y arbitrar la corrección de la cláusula de estabilización o redeterminar los precios ofertados o acordados al celebrar el contrato, esto es, fijar unos nuevos precios, para que el equilibrio que se ha visto alterado pueda ser restablecido; pero, también puede suceder que las partes no hayan pactado una cláusula de estabilización o fórmula de reajuste de precios en el contrato y, en este caso, la revisión es procedente y debe hacerse por el sistema de auditoría, es decir, por la compensación de las erogaciones comprobadas que haya hecho el contratista de los ítems o precios que sufran afectación, respecto de los precios reales del mercado.*

5.1.3. De lo hasta aquí expuesto, es claro que lo pretendido por la parte actora no es desconocer lo pactado originalmente, sino revisar la fórmula de reajuste, en tanto la estimó insuficiente para paliar los efectos económicos producidos por las modificaciones temporales introducidas al contrato. En efecto, en la demanda y en el recurso de alzada se insistió en que si bien la referida cláusula funcionó para reajustar los precios del contrato por el lapso original, no lo fue así para las modificaciones introducidas.

En ese orden, precisa aclarar que a ninguna de las partes del contrato le es dado desconocer los términos pactados en el contrato (*pacta sunt servanda*). Por esa razón, los acuerdos tienen plenos efectos jurídicos vinculantes, salvo que las circunstancias existentes al tiempo de la suscripción del contrato varíen de forma sustancial (*rebus sic stantibus*).

Así las cosas, la cláusula de reajuste pactada en el contrato en estudio es obligatoria para las partes en la forma en que se pactó originalmente, sin que puedan sustraerse a su cumplimiento[[41]](#footnote-41). Sin embargo, el artículo 868 del Código de Comercio[[42]](#footnote-42) permite a la parte afectada solicitar la revisión del contrato cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, entre otros, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento, a un grado tal que le resulte excesivamente onerosa.

En ese orden, la revisión está sujeta a la verificación de dos extremos: (i) la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles y (ii) la excesiva onerosidad para la parte afectada.

5.1.4. *Circunstancia extraordinaria, imprevista o imprevisible.* Al respecto, se tiene que la cláusula de reajuste pactada (cláusula décima de la minuta de los pliegos de condiciones, fls. 28 rev. y 29, c. pliego de condiciones) estableció que el precio final pagadero al contratista para cada uno de los *ítems* que integran el contrato *“se calculará multiplicando el precio básico establecido en el contrato por un factor que lo ajustará aumentándolo o disminuyéndolo”*. Esos ajustes se harían efectivos a favor del contratista *“durante los plazos establecidos en el contrato y las ampliaciones*”. En esa dirección, cada una de las fórmulas de reajuste estableció que el promedio aritmético de los índices de los elementos metálicos, vidrio, salario y prestaciones (en su orden: A/Ao, B/Bo y S/So), publicados por CAMACOL los dos primeros, y por agrupaciones industriales el último, serían los correspondientes a los *“meses calendario transcurridos desde la iniciación del plazo contractual hasta la entrega del ítem, dentro del plazo contractual y las ampliaciones a este plazo aprobadas por LAS EMPRESAS”*.

De lo expuesto, se observa que la cláusula de reajuste incorporó dentro de uno de sus componentes las ampliaciones del plazo contractual. En esa medida, bien podría concluirse que ese aspecto fue previsto por las partes como un factor de reajuste de los precios, sin desconocer, como se expuso anteriormente, en línea con la jurisprudencia de la Subsección A, que eran imprevisibles sus efectos cualitativos, cuantitativos y temporales (frecuencia). Sin embargo, este último aspecto es lo que trata de paliar de forma aproximada la fórmula de reajuste.

En efecto, desde el comienzo las partes establecieron que las prórrogas impactarían los precios del contrato, pero al mismo tiempo se acordó, en la fórmula de reajuste pactada, la manera para hacerle frente a ese fenómeno, sin que el contratista pueda ahora alegar que se trató de una situación extraordinaria, imprevista o imprevisible, por cuanto aun cuando es posterior a la celebración del contrato, se previó cómo se haría frente a ese fenómeno. Si la actora no estaba de acuerdo con incorporar las ampliaciones del plazo dentro de la fórmula de reajuste, así debió manifestarlo a la entidad; sin embargo, en las respuestas a las observaciones formuladas al pliego de condiciones, se echan de menos ese tipo de cuestionamientos (adendas n°s 1 a 4, fls. 168 a 188, c. ppal).

Ahora, podría pensarse que resultaba desbordado que todas las prórrogas fueran absorbidas por la fórmula de reajuste, en tanto se desconocía su funcionamiento en ese escenario. Sin embargo, los índices promedio eran los de los meses transcurridos entre la iniciación del contrato hasta la entrega de los *ítems* dentro del plazo original o sus modificaciones, lo cual deja entrever que se tenía en cuenta el promedio de los índices durante todo ese período. Además, no puede perderse de vista que en las prórrogas se estableció el descongelamiento de los índices, de modo tal que se pudieran emplear las variaciones ocurridas durante los meses adicionales. En esa medida, difícilmente podría tenerse como desbordada la fórmula de reajuste.

En conclusión, resulta improcedente la revisión de la fórmula de reajuste, en tanto no están probadas las circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles que afectaron las prestaciones del contrato.

5.1.5. *Excesiva onerosidad.* Por último, aun cuando el balance del requisito anterior releva de estudiar este punto, la Sala considera importante señalar que tampoco está demostrado que la aplicación de la fórmula de reajuste haya generado una excesiva onerosidad para el contrato, en tanto no es suficiente con demostrar el impacto económico producido, que valga la pena recordar correspondió a la variación de la fórmula de reajuste en los términos propuestos en la demanda y no de su estricta aplicación. En efecto, se requiere demostrar, después de un análisis global del contrato, que el ejercicio para el contratista es negativo. En otras palabras, que perdió algo más que la utilidad esperada[[43]](#footnote-43). Así lo ha expuesto la doctrina nacional[[44]](#footnote-44):

*Por consiguiente, no será suficiente establecer que determinadas y puntuales prestaciones son más costosas de lo previsto originalmente, como lo hacen con frecuencia las sentencias, bien sea del Consejo de Estado o arbitrales, por cuanto las pérdidas efectivas de algunas prestaciones pueden ser compensadas con las ganancias efectivas por la ejecución de otras prestaciones.*

*Quiere ello decir que el establecimiento del desequilibrio no sólo conlleva un análisis técnico, para establecer la anormalidad específica del suceso sobreviniente, sino que, además, es necesario un análisis financiero global del contrato, para establecer que su ejecución genera un resultado contable negativo. El contrato es entonces, para la imprevisión, un universo íntegro cuyo balance general es necesario establecer. Así como el estadio inicial del contrato, con sus beneficios y cargas para las partes, determina el equilibrio pactado, será necesario establecer que el análisis financiero del conjunto de beneficios y cargas deja un resultado negativo para el contratista.*

Lo hasta aquí expuesto, con el fin de explicar por qué para el primer dictamen hay un desfase de $144.348.104 por reajuste (fl. 288, c. ppal 2)[[45]](#footnote-45); la primera explicación está en que ese resultado se obtuvo de calcular el reajuste con la variación propuesta en la demanda (se cambian los índices. En efecto, no se toma el promedio de los índices durante el tiempo transcurrido, como se pactó, sino el índice causado del mes correspondiente), pero no de aplicar en estricto sentido la fórmula de reajuste, como el segundo peritaje estimó que debía hacerse y confirmó que se hizo (fl. 406, c. ppal 2, numeral 1.8).

Además, la jurisprudencia de esta Sección ha precisado que para *“efectos de reclamar el restablecimiento de la ecuación financiera y económica de un contrato en circunstancias como la analizada, esto es, por insuficiencia de la fórmula de reajuste de precios, será requisito sine qua non que se establezca en el proceso lo siguiente: i) el incremento significativo de los valores de los componentes, insumos o factores determinantes del precio del contrato (v.gr. elementos, mano de obra, materiales, etc.) por cualquier razón económica o del mercado, y ii) la inopia del sistema o fórmula acordada por las partes en el contrato para reajustar las modificaciones a esos precios”[[46]](#footnote-46)*.

En esa línea, la Corporación ha precisado que es insuficiente con demostrar diferencias entre los precios o los índices utilizados para concluir la ineficiencia de la cláusula, toda vez que se requiere probar el impacto de esas diferencias en la economía del contrato[[47]](#footnote-47). En el *sub lite*, los peritos se limitaron a advertir variaciones entre los índices pactados frente a los índices propuestos en la demanda, con lo cual concluyeron que había un desequilibrio. Si bien existe una diferencia, de ello no se sigue que la economía del contrato se hubiera afectado en forma significativa o, al menos, ese ejercicio no lo determinaron los peritos del primer dictamen, al tiempo que en el segundo dictamen se consideró ajustada la fórmula de reajuste.

En los términos anteriores, la Sala considera que este cargo no está llamado a prosperar.

**5.2. Los diseños realizados por el contratista**

Sobre este tema, es preciso recordar que en su parte pertinente el numeral 3.31. del pliego de condiciones, en cuanto a los planos y especificaciones, prescribió (fl. 61 y rev., c. pliegos de condiciones):

*Durante la ejecución del contrato, LAS EMPRESAS podrán ordenar, por conducto del interventor, los cambios que consideren necesarios o convenientes tanto en los planos como en las especificaciones. Si por estos cambios se afectan sustancialmente tanto el plazo como el precio o uno de estos, LAS EMPRESAS convendrán con el contratista los ajustes de plazo o de precio que de ellos puedan desprenderse, de lo cual se firmará por las partes el acta de modificación bilateral correspondiente. Sin embargo,* ***es entendido que durante la ejecución del contrato se originarán cambios y ajustes en los planos y especificaciones y que es esencial del contrato aceptar un margen esperado de cambios sin que por ello se modifiquen los precios y plazos del contrato****.*

*Cuando a juicio del contratista sea conveniente variar los planos o las especificaciones, someterá por escrito al interventor las variaciones junto con los estudios correspondientes, explicando las causa que las justifiquen, sus costos y plazos y toda la demás información pertinente que pueda ser requerida por el interventor, quien las presentará a la consideración de LAS EMPRESAS. Si estas no las aprueban, el contratista se ajustará a los planos y a las especificaciones. En caso de aprobarlas se procederá como se indica en el párrafo anterior* (se destaca y resalta)*.*

Esa exigencia se reprodujo en los mismos términos en la cláusula quinta de la minuta del contrato contenida en los pliegos de condiciones (fl. 26, c. pliego de condiciones), la cual hacía parte del contrato suscrito, según lo dispuesto en su cláusula sexta (fl. 60, anexo n.° 3).

De lo anterior es posible concluir que (i) la entidad contratante podía ordenar cambios a los planos o diseños; (ii) al tiempo, el contratista también estaba autorizado para sugerir lo propio, sólo que si no obtenía la autorización de la contratante, que se concretaba en la suscripción de un acta de modificación, debía sujetarse a los planos y especificaciones acordados originalmente; (ii) en cualquiera de los dos escenarios, si el plazo o el precio o ambos se afectaban sustancialmente, las partes debían suscribir la correspondiente acta de modificación bilateral, y (iv), por último, los contratantes reconocieron que los planos y especificaciones podían variar y, en consecuencia, acordaron que era esencial del contrato *“aceptar un margen de cambios sin que por ello se modifiquen los precios y plazos del contrato”*. En otras palabras, en este último evento no se imponía la suscripción de un contrato adicional.

En ese orden, está probado que el contratista introdujo variaciones a los diseños originales, tal como dan cuenta algunas actas de modificación bilaterales del contrato en estudio (fls. 26 a 48, anexo n.° 3); sin embargo, esos documentos no dan cuenta de que en ellos se hubiera incorporado algún reconocimiento económico por esas variaciones. En efecto, se limitan a reconocer mayores plazos, cantidades de obra y actividades, además de confirmar el cambio de los diseños por parte del contratista.

Para efectos de clarificar lo acordado en las modificaciones, precisa abordar el estudio de cada una de ellas, así:

(i) En el acta de modificación bilateral n.° 1, las partes se limitaron a advertir la necesidad de modificar algunos *ítems* del suministro por razones técnicas justificables en su diseño y fabricación. Lo anterior con fundamento en lo dispuesto en la cláusula quinta de la minuta del pliego de condiciones, citada en renglones precedentes (fls. 53 a 57, anexo n.° 3), es decir, por un tema de cambio de diseños. Igualmente, vale recordar que la suscripción de esta acta tuvo como antecedentes unas comunicaciones del contratista en donde advertía sobre el cambio de la mayoría de diseños (fls. 45 a 49, anexo n.° 5, supra 4.2.4).

Bajo ese escenario, las partes acordaron no adicionar el plazo, pero incorporar *ítems* nuevos por valor de $1.812.983.986.92, cancelar otros por $1.443.851.461 y aumentar cantidades por $10.472.731.10, para una modificación en el precio de $379.605.257.02, sin que se incluyeran expresamente los diseños.

Lo expuesto deja entrever que las partes acordaron que la modificación introducida, que tenía ver con diseños, no fue sustancial en cuanto al plazo, toda vez que este se mantuvo incólume. Ahora, no se puede determinar si la adición en el valor absorbió el costo del cambio de diseños. En efecto, la primera prueba pericial se limita a reproducir el ejercicio estimativo elaborado en la demanda (ver fl. 54, c. ppal y fl. 295, c. ppal 2), efectuados sin la forma de juramento estimatorio, pero no cuantifica fundadamente el costo de esos diseños ni tampoco los ubica temporalmente. Por su parte, el segundo dictamen estimó que estos valores debían ser asumidos por el contratista (fl. 410 y 411, c. ppal 2). Además, el contratista declaró que los precios acordados en esa acta cubrían todos los costos directos e indirectos, además de administración, imprevistos y utilidades, acuerdo frente al cual no existe reparo de legalidad.

En efecto, las renuncias son válidas siempre (i) que consulten el interés individual del renunciante y (ii) no estén prohibidas (artículo 15 del Código Civil[[48]](#footnote-48)). A lo anterior habría que agregar que (iii) tampoco podrá renunciarse hacia el futuro, en tanto nadie puede renunciar lo que desconoce (artículo 1522 del Código Civil[[49]](#footnote-49)).

La primera de las exigencias mencionadas está satisfecha en el presente asunto, en tanto se trataba de un derecho económico del contratista derivado de la elaboración de unos diseños. En consecuencia, como se trataba de derechos transigibles que sólo a él le interesaban, es claro que bien podía renunciarlos[[50]](#footnote-50).

Ahora, en cuanto a que la renuncia no esté prohibida, es decir que no contravenga el derecho público (artículo 1519 del Código Civil, objeto ilícito), en los contratos regidos por el Decreto Ley 222 de 1983 (norma aplicable al contrato en estudio, al menos en lo que respecta a esta temática), esta Corporación precisó que las limitaciones para renunciar se circunscribían a lo dispuesto en los artículos 60, 74 y 287, numeral 2, del citado decreto, los que en su orden daban una amplitud frente a la posibilidad de renuncia, impedían a la entidad pública renunciar a derechos causados o adquiridos e imponían que se renunciara con pleno conocimiento de los efectos económicos y jurídicos de la misma. En efecto, la Sección así lo explicó[[51]](#footnote-51):

*Por oposición, el Decreto-ley 222 de 1983 no contiene normas semejantes a las analizadas de la Ley 80. Esto significa que en su vigencia la renuncia a derechos no era, per se, prohibida, porque el art. 60 lo admitía, al establecer genéricamente que: “… Salvo disposición en contrario, en todo contrato se estipularán las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza…”; lo que tampoco significa que siempre fuera válida, sencillamente hay que examinar la legalidad de cada estipulación, a falta de una simple y sencilla confrontación con una disposición que lo prohibiera, pues no existió. Por el contrario, el Decreto consagró la necesidad de que el contratista renunciara a algunos derechos, como a la posibilidad de presentar “reclamación diplomática”, lo que el art. 74 definió de la siguiente manera:*

*“Art. 74. De la sujeción a la ley colombiana y de la renuncia a reclamación diplomática. Los contratos que se celebren con personas extranjeras están sometidos a la ley colombiana y a la jurisdicción de los tribunales colombianos. En ellos debe constar la renuncia del Contratista extranjero a intentar reclamación diplomática en lo tocante a las obligaciones y derechos originados en el contrato, salvo el caso de denegación de justicia.*

*“Se entiende que no hay denegación de justicia cuando el Contratista ha tenido expeditos los recursos y medios de acción que, conforme a las leyes colombianas, puedan emplearse ante las jurisdicciones ordinaria o contencioso-administrativa.*

*“La ejecución de los contratos celebrados en el exterior, que deben cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana.*

*“Los contratos no podrán cederse a personas extranjeras que no renuncien expresamente a dicha reclamación diplomática.”[[52]](#footnote-52)*

*Incluso, la prohibición protectora en favor de la entidad estatal -no al contratista- de renunciar a algún derecho se consagró, muy tímidamente, en el supuesto del numeral 2 del art. 287, que reguló la liquidación del contrato:*

*“Art. 287. De los casos en que procede la liquidación. Deberá procederse a la liquidación de los contratos en los siguientes casos: (…)*

*“2. Cuando las partes den por terminado el contrato por mutuo acuerdo, lo cual podrá hacerse en todos los casos en que tal determinación no implique renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la entidad contratante.”*

*En las condiciones analizadas, las cláusulas de renuncia o desistimiento a derechos, en los contratos regidos por el Decreto 222 de 1983, quedan sujetas a escrutinio judicial cuando no se enmarquen en los dos supuestos analizados, para verificar que no constituyan abuso del derecho. (…)*

*(…) Lo anterior significa que el conocimiento pleno y claro que tenga el contratista-renunciante o la entidad-renunciante al disponer de sus derechos es suficiente para que lo haga sin incurrir en ilegalidad. Caso contrario sucede cuando se renuncia a una indemnización o a un reclamo sin conocer los efectos que la actuación tiene o tendrá sobre los intereses de quien lo hace, como acontece en materia de responsabilidad médica, cuando los pacientes renuncian a demandar a las instituciones médicas sin conocer claramente el alcance de su voluntad[[53]](#footnote-53).*

En el caso en estudio, la renuncia no fue objeto de condicionamiento al momento de la firma de las respectivas modificaciones. Tampoco está probado que la demandada hubiera obrado en esa dirección. Por el contrario, del desarrollo de la ejecución contractual se tiene que la contratista pudo dejar salvedades en las modificaciones n.°s 7 a 10. Ello deja entrever que siempre contó con la posibilidad de oponerse a las referidas renuncias, pero no lo hizo así respecto de las modificaciones n.°s 1 a 6. Además, debió conocer de los efectos económicos y jurídicos de esas renuncias. En esos términos, habrá que darle plenos efectos jurídicos a esas renuncias.

Además, tampoco se evidencia que se contraríen otras normas imperativas ni se alegó un vicio del consentimiento, el que al constituir una nulidad relativa debió ser propuesta por las partes del contrato. La Subsección así lo ha precisado[[54]](#footnote-54):

*(…) sin embargo, frente a estas dos prórrogas debe ponerse de presente que el contratista renunció expresamente a cualquier reclamación judicial o extrajudicial por concepto de mayor permanencia en la obra, así como a los reajustes por esa misma situación. Actos jurídicos cuya legalidad no se ha cuestionado.*

*Efectivamente, el artículo 1502 del Código Civil contiene las exigencias para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, a saber: (i) que sea legalmente capaz; (ii) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; (iii) que recaiga sobre un objeto lícito, y (iv) que tenga una causa lícita.*

*De lo anterior se desprende que el consentimiento libre de vicios resulta determinante para que se entienda que una persona está obligada a otra a través de un contrato. Pero qué pasa si ese consentimiento adolece de vicios, para los efectos que aquí interesan, el de la fuerza (artículos 1508, 1513 y 1514 del Código Civil). Para responder, debe recordarse que todo acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo en consideración a su especie y la calidad o estado de las partes, es nulo, bien de forma absoluta o relativa (artículo 1740 del Código Civil). Por consiguiente, una respuesta inicial tendría que ser que el contrato con vicios del consentimiento sería nulo. La cuestión que sigue es qué clase de nulidad constituye esa irregularidad, absoluta o relativa.*

*Así, el objeto ilícito y la causa ilícita, al igual que la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, son causales de nulidad absoluta del contrato o, incluso, de inexistencia. Cualquiera otra clase de irregularidad produce nulidad relativa y da lugar a la rescisión del acto o contrato (artículo 1741 del Código Civil). Los vicios del consentimiento se enmarcan dentro de esta última categoría, en tanto no tienen que ver con el objeto o la causa del negocio jurídico (artículos 1517 a 1524 del Código Civil), ni tampoco son requisitos o formalidades que exija la ley para el valor de ciertos actos o contratos. Por el contrario, se exige que todos los contratos estén exentos de tales vicios.*

*En suma, se puede afirmar que los vicios del consentimiento constituyen causal de nulidad relativa y dan lugar a la rescisión del contrato, es decir, que las cosas vuelvan a su estado original (artículo 1741 del Código Civil)[[55]](#footnote-55). Ahora, la pregunta es si el juez puede declarar oficiosamente la nulidad relativa. En esa dirección, el artículo 1743 del Código Civil prohíbe al juez esa clase de declaratorias; tampoco está legitimado para el efecto el Ministerio Público. En suma, la legitimación para pedir la nulidad relativa por un vicio del consentimiento está en cabeza de las partes o sus causahabientes.*

Ahora, al decir de la Corte Suprema de justicia las cláusulas abusivas son *“todas aquellas que aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos”*[[56]](#footnote-56); sin embargo, como ya se expuso, en el presente es imposible determinar si con las renuncias al pago de los diseños se produjo ese tipo de desequilibrio, toda vez que el primer dictamen se limitó a reproducir las estimaciones de la demanda, mientras que el segundo concluyó que se trataba de costos que debía asumir el contratista.

Por último, tampoco se renunciaron hechos futuros, en tanto es claro que los rediseños estaban elaborados para la firma de la modificación. En suma, las renuncias incorporadas en las modificaciones n.° 1 a 6, sin salvedades, tienen plenos efectos jurídicos vinculantes.

(ii) En la segunda modificación se dijo que existieron demoras en la entrega de los planos de construcción por parte de la demandada a la actora, razón por la cual se vio en la necesidad de ampliar los plazos originales (fls. 49 y 50, anexo n.° 3). Esta acta, que fue firmada sin salvedades, dejó en claro que se suscribió por una circunstancia imputable a la contratante, particularmente, la demora en la entrega de unos planos, lo cual descarta que su origen o motivación hubiera sido el cambio de los diseños efectuados por el contratista.

En esos términos, es posible concluir que, si previamente a la suscripción de la modificación en estudio existieron cambios en los diseños por parte del contratista, no fueron sustanciales y quedaron subsumidos dentro del margen aceptado por las partes o se pretermitió el requisito para su reconocimiento, esto es, el acta de modificación bilateral. Lo importante es que cualquiera sea el escenario, la pretensión en estudio estaría llamada a desestimarse.

Sobre la importancia de que las partes formalicen las modificaciones al contrato, esta Corporación ha precisado[[57]](#footnote-57):

*En este contexto, debe precisarse que ha sido criterio jurisprudencial consistente de la Corporación que para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante[[58]](#footnote-58), aquiescencia que debe formalizarse en actas y contratos modificatorios o adicionales, según el caso.*

*Por eso, durante el desarrollo de un contrato como el de obra, en el que pueden sobrevenir una serie de situaciones, hechos y circunstancias que impliquen adecuarlo a las nuevas exigencias y necesidades en interés público que se presenten y que inciden en las condiciones iniciales o en su precio, originados en cambios en las especificaciones, incorporación de nuevos ítems de obra, obras adicionales o nuevas, mayores costos no atribuibles al contratista que deban ser reconocidos y revisión o reajuste de precios no previstos, entre otros, la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificatorio o adicional. Igualmente, cuando las partes determinen suspender el contrato deben definir las contraprestaciones económicas que para ellas represente esa situación, con el fin de precaver reclamaciones y la negativa al reconocimiento por parte de la entidad contratante, dado que en silencio de las partes ha de entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad. (…)*

*Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea “venire contra factum propium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.*

(iii) En la tercera, cuarta, quinta y sexta acta de modificación, las partes adicionaron el plazo contractual, en su orden, por el cambio en el diseño de las escaleras de servicio[[59]](#footnote-59) y fachada técnica, complementación de diseños, ventanería de la torre principal y torres secas, y ajustes de los elementos de las estructuras por requerimientos arquitectónicos y estructural (fls. 40 a 52, anexo n.° 3).

Sobre el particular, debe señalarse que esas modificaciones fueron sustanciales, en tanto unas dieron lugar únicamente a la variación del plazo contractual (actas n.° 3, 4 y 6), al tiempo que otras modificaron sólo el valor del contrato (acta n.° 5). Ello es así, pues de lo contrario estas no hubieran sido necesarias, según lo dispuesto en el pliego de condiciones (numeral 3.31 y cláusula quinta); sin embargo, frente al reconocimiento de los perjuicios económicos causados, se tiene que en las cláusulas quinta (actas n.°s 3 y 6) y séptima (actas n.°s 4 y 5) de las modificaciones en estudio, el contratista renunció a cualquier reclamación, sin que dejara salvedad alguna (fls. 40 a 52, anexo n.° 3). En esos términos, habrá que estarse a esta última disposición, para lo cual se remite al análisis de la validez de esas renuncias. En consecuencia, tampoco procede reconocimiento alguno sobre esta modificación.

Por último, tampoco es posible determinar si en la modificación n.° 5, que modificó únicamente el valor del contrato, se incorporaron los costos de los rediseños, puesto que como se dijo en la modificación n.° 1 no están cuantificados estos últimos.

En consecuencia, tampoco es procedente ningún reconocimiento por estas modificaciones.

(iv) Respecto de la modificación n.° 7, que sólo adicionó los plazos, precisa recordar que el 3 de enero de 1996 (vale notar que la modificación n.° 6 se firmó con fecha del 15 de diciembre de 1995, es decir, con menos de un mes de antelación[[60]](#footnote-60)), el contratista solicitó a la contratante la adición de los plazos, con base en las siguientes razones (fls. 865 y 866, anexo n.° 7):

*1. FACHADA TÉCNICA*

*En el proceso de instalación de la lámina alfajor se observó la necesidad de hacer unos ajustes en el montaje, mediante la utilización de unos accesorios aprobadas por las empresas recientemente. // La producción de dichos accesorios requiere un mes adicional al igual que el montaje.*

*2. VENTANERÍA EDIFICIO*

*-En el proceso de montaje de la ventanería ubicada en el nivel 62.10 fue necesario aumentar las cartelas que dan estabilidad a los tubulares de acero que a su vez sirven de respaldo a la ventanería. // Esta situación implicó la modificación del elemento sillar en aluminio; cuyo diseño fue presentado en días pasados y hoy es objeto de revisión y aprobación por parte de las Empresas.*

*-En el remate de la ventanería contra las torres húmedas (en cada uno de los pisos); convergen 3 contratos diferentes así: Ventanería del Edificio (METÁLICAS II), forros torres húmedas (METÁLICAS V) y acabados torres húmedas. // Esta situación exigió unos ajustes en el diseño y en el montaje dada la complejidad de los elementos que se conjugan en un mismo sitio. // Para esto fue necesario esperar a que muchos de los montajes e instalaciones adyacentes fueran concluidos; dando como resultado los 8 planos que se anexan a la presente y que serán objeto de revisión y aprobación por parte de las empresas. // Para el suministro y montaje de los accesorios consignados en los planos será necesario la toma de medidas por piso ya que las irregularidades de la obra civil así lo exigen; por tal razón requerimos de 3 meses adicionales para el suministro y 2 meses adicionales para el montaje.*

*3. VENTANERÍA TORRES SECAS*

*Para la correcta instalación de los remates de piso de la ventanería al interior de las torres secas; será necesario colocar un accesorio en acero pintado, que garantice el correcto funcionamiento del remate y proporcione además un apoyo uniforme a los pasamanos que colocaran otros contratistas. // Para el suministro y montaje de este accesorio se requiere de 3 meses adicionales para el suministro y 2 meses adicionales para el montaje.*

De entrada se observa que la contratista se limitó a pedir una prolongación de los plazos contractuales, aun cuando al tiempo advertía la realización de unos diseños, frente a los cuales se limitó a señalar que estaba a la espera de una autorización de la demandada, desconociendo que la misma debía consignarse en el acta de modificación correspondiente, como lo establecía el pliego de condiciones (numeral 3.31 y cláusula quinta), en línea con la jurisprudencia de esta Corporación.

Ahora, en el acta n.° 7 se consignaron como los motivos de su suscripción los siguientes (fl. 39, anexo n.° 3):

*Antecedentes. La dificultad existente en la intersección entre la fachada técnica, ventanería de la principal, pisos de las torres húmedas, correspondientes a contratos diferentes, obligó a que la definición de los detalles en estas zonas se postergara hasta tanto actividades involucradas estuvieran suficientemente adelantadas en diseño, construcción y montaje, de tal manera que el comportamiento en cuanto a la impermeabilización de estos puntos fuera satisfactoria. Igualmente, durante el montaje fue necesario definir un accesorio adicional para garantizar el correcto funcionamiento de los remates de piso de la ventanería de las torres [ilegible] indispensable esperar a que estos estuvieran totalmente terminados. Lo anterior [ilegible] de plazos adicionales para el suministro y el montaje de los elementos de [ilegible]*

Como se observa, la motivación de la prórroga en estudio fueron los problemas suscitados dentro de otros contratos. Igualmente, se adujo la necesidad de definir un accesorio adicional para los remates de piso de la ventanería. Así las cosas, puede concluirse que esa modificación no cobijó la realización de nuevos diseños. En esa medida, es claro que el contratista no contó con la autorización de la entidad, que valga recordar se formalizaba a través de la correspondiente acta bilateral de modificación y, por consiguiente, debió estarse a los planos y especificaciones originales, según lo dispuesto en el pliego de condiciones (numeral 3.31 y cláusula quinta).

El desconocimiento de lo regulado y pactado, desencadena dos consecuencias jurídicas frente a los rediseños reclamados, que bien no fueron sustanciales y quedaron subsumidos dentro del margen razonable de cambios aceptados por las partes, o que se pretermitió el requisito para su reconocimiento, esto es, el acta de modificación bilateral. Lo importantes es que cualquiera sea el escenario, la pretensión en estudio estaría llamada a desestimarse.

Precisa aclarar que la salvedad efectuada por la contratista al acta en estudio carece de la virtualidad de sanear la falta de la formalidad que se echa de menos, en tanto, se insiste, el pliego de condiciones la obligaba a abstenerse de ejecutar con nuevos diseños si estos no eran autorizados a través de la correspondiente acta y estarse a los planos y especificaciones originales. El anterior entendimiento no patrocina la paralización del contrato ni la desidia de la entidad, sino el respeto de lo acordado por las partes y lo exigido jurisprudencialmente sobre el particular, en tanto tampoco es posible alentar a los contratistas a la ejecución de mayores cantidades de obras u obras extras sin las formas exigidas y la anuencia de la demandada.

Además, tampoco puede tildarse que en el *sub lite* se extremen las formas en perjuicio de lo sustancial, toda vez que las mismas partes aceptaron un porcentaje de variaciones razonables a los planos y especificaciones, los cuales serían absorbidos por el valor original del contrato y, por tal razón, resultaban innecesarias las actas modificatorias. En esa medida, en el supuesto de aceptarse que los rediseños reclamados determinaron cambios sustanciales en el precio original y que fueron aceptados por la demandada, así no sea formalmente a través del acta exigida, lo cierto es que se echa de menos las pruebas que permitan determinar que se desbordó el rasero de los cambios aceptados voluntariamente, en tanto la primera prueba pericial, se reitera, se limitó a reproducir los ejercicios de la demanda, efectuados sin la forma de juramento estimatorio y sin fundamento distinto, falencia que impide reconocerle fuerza probatoria[[61]](#footnote-61). Aspecto técnico que difícilmente el juez podría entrar a suplir con sus conocimientos y que debió honrar la parte interesada.

(v) Frente a la modificación n.° 8 se reproduce una situación similar a la acontecida con la modificación analizada en precedencia. En efecto, aquella se limitó a reconocer al contratista el pago del 10% final de los suministros realizados, con independencia de la entrega total y definitiva de lo contratado, como se acordó originalmente (fl. 37, anexo n.° 3). Se muestra evidente que en ese documento tampoco se incorporó el tema de los rediseños. Por consiguiente, resulta suficiente con remitir a lo aquí expuesto sobre el acta de modificación bilateral n.° 7.

(vi) En lo que se relaciona con la modificación n.° 9 (fl. 36, anexo 3), vale recordar que el contratista solicitó esta ampliación temporal para la definición de unas actividades de la ventanería del edificio y las ventanerías de las torres secas. Para esta última actividad, advirtió que se necesitaba de la realización de unos diseños, los cuales estaban sujetos a la aprobación de la demandada (fls. 758 y 759, anexo n.° 7, comunicación CE-393-35).

En ese orden, la ampliación en estudio se motivó (i) por la superposición de las actividades del contratista con las de otros contratos y (ii) la realización de un ajuste en el piso de la ventanería de las torres secas (fl. 36, anexo n.° 3). Lo anterior pone de presente que esta modificación sí autorizó la realización de unos diseños que el mismo contratista advirtió que se necesitaban y que sometió a la aprobación de la demandada.

En esas condiciones, está probado que el contratista realizó unos diseños, que esos diseños eran fundamentales en tanto se acordaron en un acta de modificación y, por consiguiente, fueron aprobados por la demandada; sin embargo, lo anterior no es suficiente para acceder a su reconocimiento, en tanto el pliego de condiciones prescribía que los cambios sustanciales en los planos o especificaciones podían afectar el plazo o el precio o a ambos (numeral 3.31 y cláusula quinta).

La modificación en estudio sólo afectó el plazo, según lo pactado. Ahora, la parte actora dejó salvedad frente a los posibles perjuicios ocasionados con la misma, razón por la cual bien podía en este estadio solicitar lo que aquí se analiza, pero de ello no se sigue que esté probado que el cambio sustancial aprobado impactara la economía del contrato, en tanto la prueba pericial que debía estimar ese extremo, se insiste, se limitó a reproducir el ejercicio estimatorio de la demanda, que fue hecho sin juramento, falencia que impide predicar que la modificación en estudio, además del plazo, también afectó el precio del contrato.

(vii) Finalmente, la modificación n.° 10 fue motivada por la realización de ajustes, perforaciones, soldaduras, cajeos, sellos con silicona, grouting para rellenos, ensayos, compra de mallas protectoras, reforzamientos y modificaciones para ajustar y compatibilidad de la ventanería, forros y cierres (fl. 26, anexo n.° 3). Como se observa la multiplicidad de tareas pendientes, dieron lugar a la aprobación de mayores cantidades de obra a través del acta en estudio.

De aceptarse que con el acta en estudio se aprobaron los diseños por parte de la demandada sin que se reconociera su valor, en tanto la multiplicidad de tareas bien pudieron comprender el rediseño, lo cierto es que se impone reiterar las conclusiones del acta n.° 9, en tanto no es posible establecer si el mayor valor reconocido en el acta incluyó el de los diseños, siendo que se desconoce el valor de estos últimos por las falencias probatorias advertidas.

**5.3. La mayor permanencia en la obra**

5.3.1. La actora reclama los costos financieros que generaron las ampliaciones al plazo contractual, en tanto (i) se corrieron las fechas de pago inicialmente pactadas, lo cual significó una menor amortización a la proyectada en la propuesta, situación que se reprodujo para (ii) los retenidos sobre cada acta.

Frente a la menor amortización, la demandada reconoció en la liquidación unilateral la suma de $35.130.022 (fl. 203, c. ppal). En el oficio n.° 670118 del 29 de enero de 1997, las EE.PP.MM. estimaron procedente el reconocimiento de esa cantidad por los costos de administración en que incurrió el contratista por la prolongación en el plazo contractual, sin incluir los equipos y personal, en tanto existieron incumplimientos del contratista, la ejecución simultánea de varios contratos en el mismo inmueble de la demandada y el bajo número de suministros y montajes que existió a partir de enero de 1996 (fls. 153 a 158, c. ppal). En cuanto, a los retenidos reconoció un interés del DTF más dos puntos, para un total a reconocer por este concepto de $60.248.105 (fls. 160 y 161, c. ppal).

El *a quo* consideró que por la menor amortización se debía reconocer solo el concepto de administración, en tanto los demás costos los recuperó con cada pago. Después de comparar el valor calculado en los dos peritajes obrantes para ese *ítem*, concluyó que las sumas eran cercanas ($104.175.642 en el primero y $103.868.441,40 para el segundo), pero acogió la del segundo peritaje, en tanto la consideró más fundamentada. En cuanto a los retenidos, interpretó que esa reclamación se encuadraba dentro del concepto de incumplimiento y como la misma se pactó conforme a lo pactado por las partes concluyó que no había lugar a su reconocimiento. Incluso, señaló que si se trataba de un tema de imprevisión no se probó el desequilibrio económico del contrato más allá de la pérdida de utilidades.

En la apelación, la actora insistió que tenía derecho a la menor amortización no sólo por el concepto de administración, cuando es apenas razonable que la extensión en el tiempo significa unos sobrecostos en el equipo y la mano de obra, como efectivamente ocurrió, en tanto en este tipo de contratos, a diferencia de los contratos de obra, los costos se calculan en consideración al plazo contractual, sin que se entendieran incluidos en los pagos reconocidos, como lo sostuvo el *a quo*, toda vez que estos últimos estaban afectados por la prolongación temporal del contrato; respecto de los retenidos, aclaró que este reclamo no se fundamentaba en el incumplimiento sino en el desplazamiento de su pago por efecto de las prórrogas, que fueron generadas por la administración y, por lo tanto, debe asumir esos costos.

5.3.2. De entrada es necesario recordar que sobre la mayor permanencia en la obra, esta Corporación ha tenido la oportunidad de precisar[[62]](#footnote-62):

*La mayor permanencia de obra se refiere a la prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, por hechos no imputables al contratista, y debido al incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante, que aun cuando no implican mayores cantidades de obra u obras adicionales, traumatizan la economía del contrato en tanto afectan su precio, por la ampliación o extensión del plazo, que termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento.*

*De ahí que, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la Administración al contratista cumplido, siempre y cuando se acrediten esos mayores costos y se demuestre la afectación al equilibrio económico del contrato[[63]](#footnote-63), esto es, que se encuentra el contratista en punto de pérdida[[64]](#footnote-64).*

De lo expuesto se tiene que para el reconocimiento de las pretensiones por mayor permanencia en la obra se deberá acreditar (i) la prolongación en el tiempo de la ejecución inicialmente pactada; (ii) que esa extensión obedezca a hechos no imputables al contratista, e imputables a su contraparte; (iii) que el contratista cumpla con su débito contractual, y (iv) que se acrediten los mayores extra costos generados por la mayor permanencia en la obra.

Frente al último de los requisitos en mención, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido particularmente exigente. En efecto, en relación con la carga probatoria de los mayores extracostos, precisó[[65]](#footnote-65):

*Acerca de este tema, resulta oportuno traer a colación el pronunciamiento que hizo la Sección Tercera en el siguiente sentido:*

*“Si el valor del contrato es pagado tardíamente, el contratista tendrá derecho al pago de los intereses que constituyen la rentabilidad que la ley presume produce el dinero y a la actualización de la suma debida, que responde al principio del pago integral de la obligación. Pero si el contratista pretende obtener perjuicios por conceptos distintos, como el de la permanencia de equipos y personal en la obra durante los períodos de suspensión de la obra, estos perjuicios deberán ser acreditados. Ellos efectivamente serían de linaje contractual pues se originaron en el desarrollo del contrato, pero no son prestaciones pactadas en el contrato; su ocurrencia y su monto no han sido previstos en él y por ende al actor le corresponde demostrarlos cuando pretenda ser indemnizado por dichos conceptos.” (Negrilla y subrayado de la Sala)[[66]](#footnote-66).*

*Bajo este contexto, resulta claro que aunque en el sub lite se encuentre plenamente demostrado que la mayor extensión del plazo contractual, ocurrió por las sucesivas prórrogas de que fue objeto el contrato de obra pública No. 051 de 1991 y que, además, se encuentra probado que las mismas fueron imputables, al incumplimiento de la entidad pública contratante, tales circunstancias determinarían, en principio, la viabilidad de efectuar el reconocimiento de perjuicios a favor del contratista, quien por causas ajenas a su voluntad se vio obligado a permanecer en la obra por mayor tiempo del previsto en el contrato original, ocurre que, tal evidencia no resulta suficiente para proceder al reconocimiento de los perjuicios que dice haber sufrido, sino que además se requiere que el demandante haya demostrado, de una parte que sufrió efectivamente los perjuicios a que alude en los hechos y pretensiones de su demanda y, de otra, que determine el quantum, toda vez que a él le corresponde la carga de la prueba, según los mandatos del artículo 177 del C. de P.C.* (se subraya).

5.4. Bajo las anteriores precisiones, la Sala procederá a estudiar los extracostos reclamados por mayor permanencia en la obra, a saber: la menor amortización de los recursos y el pago de los retenidos.

5.4.1. Precisa advertir que las actas de modificación bilateral que prorrogaron el plazo contractual fueron las n.°s 2, 3, 4, 6, 7 y 9. Vale recordar que el plazo original se estableció en 19 meses (cláusula segunda del contrato), contados a partir del 13 de diciembre de 1993, día en que se firmó el acta de inicio (fl. 199, c. ppal). En esos términos, el plazo original vencía el 14 de julio de 1995. Las adiciones determinaron que finalizara el 15 de julio de 1996 (fl. 36, anexo n.° 3, acta de modificación bilateral n.° 9, cláusula segunda). Es decir, el plazo se prolongó por un tiempo adicional de 12 meses.

Ahora, vale precisar, en contravía de lo considerado por el *a quo*, que en las actas n.° 2, 3, 4 y 6, el contratista renunció a cualquier reclamación por las ampliaciones de plazo pactadas en esos documentos, acuerdos que tienen plena fuerza vinculante en la forma que quedó expuesto al estudiar la reclamación por los rediseños, para lo cual la Sala considera suficiente con remitir a la parte pertinente de esta providencia.

En esos términos, hasta el 28 de febrero de 1996, que fue la prórroga introducida por el acta de modificación bilateral n.° 6, el contratista estaba en la obligación de soportar los extracostos generados por la mayor permanencia en la obra aquí reclamados, esto es, por menor amortización de los pagos y retenidos. Ahora, como en las actas n.°s 7 y 9 dejó salvedades frente a tales renuncias, es claro que después del 28 de febrero de 1996, fecha hasta la cual se extendió el plazo contractual por disposición del acta n.° 6, el contratista tendría derecho a reclamar los supuestos extracostos que aduce se le causaron por el desplazamiento en el pago efectuados después de la última fecha en mención.

5.4.2. Según el texto de las modificaciones n.° 7 y 9, las causas que generaron esas adiciones en tiempo fueron los retrasos de las actividades correspondientes a otros contratos que se ejecutaban en el edificio de la demandada y la necesidad de definir unos ajustes y accesorios para el correcto funcionamiento de los remates de piso de las ventanerías de las torres secas. Cómo se observa, al menos en lo consignado por las partes en las referidas actas, no se reprocha el comportamiento del contratista, pero sí se trata de cuestiones que tienen que ver con la demandada, en lo que respecta a los atrasos de otros de sus contratistas. En consecuencia, está probado que las prolongaciones son imputables a la demandada y que el contratista cumplió con su débito contractual, contrario a lo afirmado en los actos administrativos atacados, en tanto en el texto de las modificaciones del plazo no se puso de presente reproche alguno al contratista, por lo que desconocer esas manifestaciones sería ir en contra de los actos bilaterales de las partes encaminados a reconducir la relación contractual.

5.4.3. Finalmente queda por revisar si se probaron los mayores extracostos.

5.4.3.1. *Menos amortizaciones de los pagos.* De entrada debe precisarse que la prolongación de los plazos originales del contrato puede impactar los costos por administración, equipos y mano de obra; sin embargo, le corresponde al contratista demostrar que efectivamente se incurrió en estos últimos, así como su cuantificación.

En ese orden, la Sala se aparta de las conclusiones del primer peritaje, en donde, sobre las menores amortizaciones por los pagos, se concluyó (fls. 288, c. ppal 2):

*3.2. Sobre mayor permanencia (…)*

*El tiempo de duración del contrato incide directamente en los costos de amortización del equipo y maquinaria destinados a la obra, así como en la mano de obra directa y en la administración programada para el período de ejecución.*

*Teniendo en cuenta que la suma presupuestada para suministros fue $1.920.925.757 y que el plazo era de 20 meses, es decir de diciembre de 1993 a julio de 1995, el contratista distribuyó las inversiones en los rubros señalados de acuerdo con lo programado en la oferta y como se muestra en el cuadro n.° 1 adjunto (véanse las cuatro columnas correspondientes a la AMORTIZACIÓN PROYECTADA). Al diferirse la ejecución de las obras hasta diciembre de 1996* [fecha en la que se suscribió el última acta de pago] *por las razones expuestas en las sucesivas actas de modificación bilateral, la amortización realizada (ver las 5 columnas correspondientes) en forma diferente a la programada inicialmente generó extracosto, como se muestra en las 3 últimas columnas del cuadro, cuya suma algebraica constituye un saldo a favor del contratista (…).*

Esos extracostos según el cuadro n.° 1 del dictamen ascienden a $826.059.545 (fl. 309, c. ppal 2), que se obtienen, según se desprende de lo arriba anunciado y del citado cuadro, de las diferencias entre lo proyectado por el contratista en su propuesta y lo pagado efectivamente, de donde se desprende que se asumió la causación de los gastos de administración, mano de obra y maquinaria con base en ese simple ejercicio aritmético.

En tal sentido, precisa advertir que durante las prórrogas también se reconocieron mayores cantidades de obra. El monto de las mismas correspondió a las sumas de $96.575.629 y $90.219.729.20 (fls. 33 y 44, anexo n.° 3). Sobre el particular, la aclaración a la segunda pericia se limitó a señalar que *“los precios pagados por Empresas durante la mayor permanencia, es decir durante el último año de ejecución del contrato, tienen involucrada la administración de su formación, no quiero afirmar con esto que este valor sea igual al presupuestado, porque las condiciones originales de valor y plazo variaron”* (fl. 419, c. ppal 2). Más adelante explica que *“al aumentar el plazo en el 63% y el valor del contrato en 33% la facturación mensual programada es mayor que la real, en general este desfase se refleja en un mayor costo en la administración, la variación en los demás costos se compensa con el reajuste y el anticipo recibido”* (fl. 420, c. ppal 2); sin embargo, se echa de menos si el gasto por administración de las mayores obras reconocidas durante las prórrogas impactaba el reconocimiento por administración que finalmente se hizo en la pericia, simplemente se responde que no es igual al proyectado. La cuestión es si la proyección en sí misma prueba el gasto de administración o si se necesita probarla. En esta sede se debe probar. Tampoco se explica por qué el reajuste y el anticipo no impactaban los gastos por administración, pero sí los de mano de obra y equipo.

Además, volviendo al análisis del cuadro n.° 1 del primer dictamen (fl. 309, c. ppal 2), se tiene que los valores brutos pagados al contratista durante el plazo original, que corresponden a las actas n.°s 1 a 9, ascendieron a la suma de $2.491.056.508, mientras que lo pagado durante las prórrogas ascendió a la suma de $95.602.391. Lo anterior pone en evidencia que gran parte de la obra encomendada se realizó y pagó durante el plazo original, al tiempo que la ejecución en el transcurso de las prórrogas fue sustantivamente menor. Esto último indica que muy posiblemente también los gastos de administración, mano de obra y equipo se redujeron en la misma proporción.

En esa misma línea, en la resolución n.° 72840 del 15 de agosto de 1997, aquí demandada, al liquidar unilateralmente la mayor cantidad de obra en estudio, señaló que el contratista ejecutó varios contratos en el inmueble intervenido y que se redujeron las cantidades de obra para el período de enero de 1996, lo que confirma lo arriba expuesto. Esos fundamentos de hecho de la referida resolución no fueron desvirtuados en esta sede, en tanto los dos dictámenes se limitaron a inferir que se generaron gastos por administración, mano de obra y equipos y a calcularlos aritméticamente (el primero de los tres y el segundo sólo de los de administración), pero sin constatar su real causación.

De lo anterior, se pone en evidencia que los dictámenes no verificaron el impacto de las variables expuestas en los párrafos precedentes, que dejaban entredicho que se hayan producido, toda vez que bien pudieron ser absorbidos por los reajustes, el anticipo o las mayores cantidades de obra. O de producirse, tampoco determinaron el impacto de la realización de otros contratos de forma simultánea en el mismo inmueble y la reducción de las actividades y las obras.

De otro lado, es preciso recordar que, según el primer dictamen, lo pagado durante el plazo original ascendió a la suma de $2.491.056.508 y lo proyectado en ese mismo periodo por la contratista fue la suma de $2.593.249.773 (columna amortización proyectada $1.920.925.576+192.092576+288.138.864+192.092.576). Es decir, hay una diferencia de $102.193.265, que sería lo que no se pagó durante el contrato y se terminó por pagar durante la prórroga. No puede reconocerse, simple y llanamente, como se hace en el peritaje en comento, esa diferencia con base en los desfases entre lo proyectado y lo recibido, toda vez que finalmente esos montos se recibieron y volver a pagarlos significaría un doble pago por un mismo concepto.

Lo correcto es que se reconozcan unos intereses corrientes a título de rentabilidad de ese dinero, como ocurre generalmente en los contratos comerciales, como lo es el que se estudia atendiendo a la naturaleza de comerciante de la demandada (fls. 424 a 430, c. ppal 2, certificado de existencia y representación) y dado el silencio de las partes sobre ese particular[[67]](#footnote-67). La rentabilidad deberá calcularse entre la fecha en que debieron pagarse, julio de 1995, plazo original del contrato, y julio de 1996, plazo de vencimiento del contrato con las prórrogas. Ahora, no se puede tomar el total de las prórrogas porque se recuerda que la parte actora renunció a los perjuicios causados hasta febrero de 1996. En consecuencia, el período de los intereses corrientes será entre febrero y julio de 1996, así:

$102.193.265 x 43.4875% (interés corriente)[[68]](#footnote-68) x 5/12 (meses transcurridos entre febrero y julio) =$18.517.207.oo.

Ahora, como lo hicieron ambos dictámenes en forma correcta, ese valor de $18.517.207 debe cruzarse con la suma de $35.130.022 reconocida en la resolución 72840 del 15 de agosto de 1997 por mayor permanencia en la obra (fl. 201, c. ppal), en tanto se trata del mismo concepto. Con sólo comparar los valores históricos de esas dos cantidades, es claro que lo reconocido en la liquidación unilateral absorbe lo aquí establecido, incluso con el ejercicio de actualización de las dos sumas desde agosto de 1997 hasta la fecha de esta sentencia. En consecuencia, la presunción de legalidad se mantiene incólume, razón por la cual no hay lugar a ningún otro reconocimiento por este concepto.

En suma, las pruebas obrantes no permiten tener certeza sobre la ocurrencia de los sobrecostos en que, según la demanda, incurrió el contratista durante las prórrogas, carga probatoria de la parte actora, según la jurisprudencia de esta Corporación sobre la mayor permanencia en la obra. Tampoco puede reconocerse la rentabilidad sobre los dineros pagados después del plazo inicial, en tanto se demostró que no superaba el valor reconocido en los actos administrativos atacados. Esas razones llevan a la Sala a mantener la legalidad de los actos atacados por el cargo en estudio.

5.4.3.2. *Los retenidos.* En lo que refiere a los retenidos precisa recordar que se pactó que la entidad demandada pagaría el 10% final contra entrega definitiva de lo contratado y, además, haría retenciones frente a los *ítems* no cumplidos y hasta la proporción que garantizara las pérdidas por trabajos defectuosos o no corregidos (cláusulas novena del pliego y cuarta del contrato (fls. 27 y 28, c. pliego de condiciones y fl. 58, anexo n.° 3), razón por la cual el contratista debía soportarlas, pero no por el tiempo por el cual se prorrogó el contrato sin su culpa.

En relación con la cuantificación de los retenidos, el primer dictamen los proyectó de conformidad con los intereses bancarios corrientes sobre cada una de los valores retenidos (fls. 289 a 291, c. ppal 2). Por su parte, el *a quo* y el segundo dictamen (fls. 410, c. ppal 2) compartieron la forma de liquidación adoptada por la demandada en los actos administrativos cuestionados, es decir, con base a la DTF más dos puntos. Sobre el particular, precisa señalar que en los contratos comerciales, como es el que se estudia en esta oportunidad por la calidad de comerciante de la contratista (fls. 424 a 430, c. ppal 2, certificado de existencia y representación) y atendiendo al silencio de las partes sobre el particular, la tasa que se emplea para el reconocimiento de los réditos en eventos como el que ocupa a la Sala son los intereses bancarios corrientes, en los términos ya expuestos.

Ahora, sobre el reconocimiento sobre la DTF más dos puntos que hizo la demandada, vale señalar, que es una tasa de referencia creada por el Banco de la República, que se calcula y determina con base en el promedio ponderado de las tasas de interés efectivas de captación a noventa (90) días de los establecimientos bancarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial y corporaciones de ahorro y vivienda. La DTF permite reconocer la pérdida de poder adquisitivo del dinero y además contempla un valor adicional establecido por el mercado financiero con miras a fomentar el ahorro. En el caso del interés moratorio en contra de la administración pública, la DTF no solamente tiene un componente inflacionario, sino también un valor adicional que se reconoce en este caso como el elemento indemnizatorio[[69]](#footnote-69).

Además, el reconocimiento de esa tasa *per se* no constituye una violación al principio de igualdad, frente al posible reconocimiento de los intereses comerciales corrientes, en tanto la Corte Constitucional ha admitido que existan diferencias entre las tasas de interés en el ordenamiento jurídico colombiano[[70]](#footnote-70); sin embargo, como el Código de Comercio regulaba el reconocimiento de réditos para cuando se firmó el contrato, se aplicará esta última normatividad, sin perjuicio de mantener el reconocimiento hecho en la liquidación unilateral en caso de que supere la operación efectuada en esta sede.

Ahora, para su cuantificación, el primer dictamen reconoció los costos financieros durante todo el tiempo de las prórrogas, cuando como quedó visto, las renuncias permitieron superar las reclamaciones por los mayores plazos hasta febrero de 1996. En consecuencia, el período por el que se reconocerán intereses comerciales será desde febrero hasta julio de 1996, mes último donde se venció el plazo contractual con todas las prórrogas. En consecuencia, los retenidos sólo aplicarán, siguiendo el dictamen, salvo la observación expuesta, como sigue a continuación (fls. 290 y 291, c. ppal 2):

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **ACTA N.°[[71]](#footnote-71)** | **PERÍODO** | **CÁLCULO INTERESES**(valor retenido x tasa de interés x n.° meses del período) | **VALOR INTERESES** |
| 7 | FEB-JUL (5 meses) | $22.662.420x43.4875%x5/12 | $4.106.927 |
| 8 | FEB-JUL (5 meses) | $5.149.444x43.4875%x5/12 | $933.068 |
| 9 | FEB-JUL (5 meses) | $7.531.181x43.4875%x5/12 | $1.364.634 |
| 10 | FEB-JUL (5 meses) | $32.605x43.4875%x5/12 | $5.908 |
| 11 | FEB-JUL (5 meses) | $274.782x43.4875%x5/12 | $49.790 |
| 12 | FEB-JUL (5 meses) | $766.475x43.4875%x5/12 | $138.884 |
| 13 | FEB-JUL (5 meses) | $197.851x43.4875%x5/12 | $38.850 |
| 14 | FEB-JUL (5 meses) | $1.986.575x43.4875%x5/12 | $359.963 |
| 15 | FEB-JUL (5 meses) | $3.619.337x43.4875%x5/12 | $655.816 |
| 16 | FEB-JUL (5 meses) | $180.679x43.4875%x5/12 | $32.739 |
| 17 | ABR[[72]](#footnote-72)-JUL (4 meses) | $584.138x43.4875%x4/12 | $84.676 |
| Valor retenido cto inicial | FEB-JUL (5 meses) | $192.092.576x43.4875%x5/12 | $34.806.774 |
|  |  | **TOTAL** | $42.578.029 |

En ese orden, con sólo comparar el valor histórico arriba obtenido, $42.578.029, y el reconocido en la resolución n.° 72840 del 15 de agosto de 1997, que al liquidar unilateralmente estos rendimientos arrojó la suma de $60.248.105, es claro que esta última suma es superior, incluso con el ejercicio de actualización de las dos sumas desde agosto de 1997 hasta la fecha de esta sentencia. En consecuencia, toda vez que el ejercicio liquidatorio demandado es superior al reconocido en la liquidación se mantendrá ese valor y, por consiguiente, la legalidad de los actos administrativos demandados.

**5.5. Diferencias de criterios frente a la medida del peso para el pago**

En relación con este punto, la parte actora insiste en su alzada que el numeral 5.01.01. del pliego de condiciones, que reguló el cálculo del peso para el pago de los suministros y montajes, contiene dos disposiciones contradictorias. Así, sostiene que el literal a) del citado numeral indicó que el peso de todos los perfiles, platinas, tubería y tubos estructurales de acero o aluminio se calcularía usando el peso nominal por metro del material y la longitud total neta que aparece en los planos, mientras el literal c) señaló que no se harán deducciones de material, sea acero, aluminio o vidrio removido por cortes, recortes, agujeros, troquelado, despunte, ranuras o preparación de soldaduras.

Lo anterior significa que mientras en el primer literal se dijo que la longitud sería neta, en el último se afirma que sería bruta, confusión que evidenciaron los encargados de vigilar la ejecución contractual, hasta el punto que la interventoría autorizó el pago de las primeras actas con base en longitudes brutas, situación que sólo aclaró con las consultas al diseñador del proyecto. Esa situación debe asumirla la contratante, en tanto fue quien elaboró el pliego de condiciones y su interpretación deberá favorecer al contratista.

Por su parte, la demandada sostiene que los pliegos fueron lo suficientemente claros en determinar que los pesos para los pagos serían netos. El *a quo* decidió en la misma dirección de esta última parte.

De entrada debe señalarse que la cuestión en asunto pone de presente un asunto jurídico frente al alcance de las disposiciones del pliego de condiciones que hacían parte integral del contrato. En esa medida, la Sala desestimará las apreciaciones de los dictámenes, en tanto se trata de un punto que escapa a su competencia, en tanto es materia restringida al juez del contrato.

En ese orden, precisa recordar el alcance de la disposición cuestionada. El numeral 5.01.01. del pliego de condiciones dispuso (fls. 133 y rev., pliego de condiciones):

*PARTE 5 – ESPECIFICACIONES*

*SECCIÓN 5.5. – MEDIDA Y PAGO*

*5.05.01. CÁLCULO DEL PESO PARA LOS PAGOS DE SUMINISTRO Y MONTAJE*

*Las cantidades para el pago se determinarán en forma teórica de acuerdo con los planos en la forma que se establece a continuación para los ítemes suministrados totalmente terminados y para el montaje ejecutado.*

*- El vidrio se medirá por área de proyección por área de proyección vertical. La empaquetadura y recalces en neopreno, silicona, felpas, bisagras, cierres, tornillería, etc., está incluida dentro del suministro del ítem correspondiente y no tiene precio aparte.*

*- El peso unitario del acero se supondrá de 7.850 kg por metro cúbico neto.*

*- El peso unitario del aluminio se supondrá de 2.710 kg por metro cúbico neto.*

*- El peso unitario del vidrio se supondrá de 2490 kg por metro cúbico neto.*

*- El peso de perfiles, platinas, barras, tubería de acero y tubos se calculará con base en las figuras y dimensiones que aparecen en los planos, así:*

*a. El peso de todos los perfiles, platinas, tubería y tubos estructurales de acero o aluminio, se calculará usando el peso nominal por metro del material y la longitud total neta que aparece en los planos.*

*b. El peso de platinas y barras se calculará usando las dimensiones rectangulares que aparecen en los planos.*

*c. No se harán deducciones de material, sea acero, aluminio o vidrio, removido por cortes, recortes, agujeros, troquelado, despunta, ranuras o preparación de soldaduras.*

*d. No se tendrá en cuenta el peso de pinturas, galvanizado, anodizado y otros tratamientos superficiales hechos en talles o en el sitio de montaje. (…)* (se subraya)*.*

El primer inciso del numeral en cita fija el supuesto que regirá todas las demás disposiciones para el cálculo del peso. En efecto, dispuso que las cantidades se determinarían “*en forma teórica de acuerdo con los planos en la forma que se establece a continuación para los ítemes suministrados totalmente terminados y para el montaje ejecutado”.* La última parte, resulta de vital importancia, en tanto establece que se pagarían suministros terminados y montaje ejecutado. Esto deja entrever que la intención de las partes era que el contratista entregara un producto terminado y, además, que los materiales los suministrara el contratista.

Hasta lo aquí expuesto, es oportuno cuestionarse si en esas condiciones resultaba lógico que la entidad asumiera el costo de los sobrantes de la elaboración del producto requerido, cuando lo que contrató fue un producto terminado. En esos términos, atendiendo a la experiencia del contratista en su oficio, es claro que a él le correspondía desarrollar su trabajo dentro de los márgenes razonables para que los materiales y los sobrantes quedaran cubiertos por los precios propuestos.

Qué justificación tendría la entidad para comprarle al contratista sus sobrantes. Precisa recordar que el compromiso de recursos públicos debe tener un manejo estricto, sin que se avizore una razón jurídica para que la entidad adquiera unos materiales, que según el primer dictamen eran totalmente inútiles (fl. 281 a 283, c. ppal 2). Tampoco se demostró que el contratista haya hecho entrega material de los sobrantes a la entidad demandada, como para que esta, a pesar de lo pactado, tenga que asumir el costos de los mismos.

Ahora, volviendo al texto del numeral en cita, esa disposición insiste en que los pesos serían netos; sin embargo, no se desconoce que en el aparte subrayado incorpora una disposición que resulta contraria con lo hasta aquí expuesto (literal c del numeral 5.05.01.). En efecto, allí se consignó que no se harían deducciones de los sobrantes. Es decir, que las deducciones de material harían parte del peso, de lo cual se sigue que la forma de calcularlo sería bruto.

Ante esa discrepancia en el numeral en cita, no puede aceptarse automáticamente la solución propuesta por la parte actora, en tanto para el efecto, deberá verificarse cuál fue su comportamiento frente a una situación que siempre estuvo de presente para todos los proponentes. En tal sentido, el pliego impuso:

*1.07.04. Si el proponente encuentra discrepancias u omisiones en cualquiera de los documentos de licitación o tiene alguna duda acerca de su significado, deberá obtener por escrito de LAS EMPRESAS las aclaraciones que sean del caso antes de presentar la propuesta. (…)*

*La presentación de la propuesta será evidencia de que el proponente ha examinado completamente los documentos de licitación, que ha aceptado que los documentos están completos y que son compatibles y adecuados para definir los trabajos a ejecutar, los precios y los plazos, o que ha obtenido de LAS EMPRESAS aclaraciones satisfactorias sobre cualquier punto incierto o dudoso. (…)*

*1.07.06. Las interpretaciones o deducciones que el proponente haga de las estipulaciones de los documentos de la licitación serán de su exclusiva responsabilidad. (…)*

*1.08.02. El proponente deberá examinar cuidadosamente los documentos de licitación e informarse cabalmente de todas las condiciones que pueden influir o afectar de alguna manera el trabajo, los costos, precios o plazos de los trabajos a realizar (…).*

La parte actora incumplió las anteriores cargas, toda vez que revisadas las respuestas a las observaciones no se tiene ninguna relacionada con el aspecto que aquí se cuestiona (fls. 168 a 188, c. ppal). El comportamiento del contratista desdice los mandatos de la buena fe, en tanto no puede pretender ahora advertir una inconsistencia para obtener un beneficio económico, cuando en su oportunidad guardó un silencio cómplice del error.

La Sección ha recordado que los inconvenientes derivados de la inobservancia del principio de planeación por parte del contratista, a quien también le resultan exigibles severas cargas de diligencia, rigor y seriedad a la hora de estructurar las ofertas que presenta ante las entidades estatales, que conducen a deficiencias en la configuración económica de la propuesta que le privan de obtener las utilidades que esperaba alcanzar como resultado de la ejecución del contrato, no pueden escudarse tras el ficticio ropaje de desbalances sobrevenidos en la ecuación financiera del negocio, pues en esos eventos las circunstancias en cuestión debieron haber sido previstas y planificadas por el contratista como experto y conocedor de las artes o actividades en el marco de las cuales ofrece sus servicios a la entidad estatal[[73]](#footnote-73).

Además, como el aparte subrayado impedía interpretar de manera razonable la estipulación en estudio, el mandato de interpretación útil de la misma imponía privilegiar el escenario donde produjera efectos. En otras palabras, interpretar los pesos como netos, que fue finalmente la forma en como las partes decidieron cumplirla, tal como lo dejaron en claro los testigos Adriano Amaya Suárez y Alberto García Londoño (fls. 214 a 249, c. ppal).

En los términos expuestos, la Sala denegará el cargo en estudio.

En suma, se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar, declarar no probada la objeción por error grave y negar las pretensiones de la demanda.

6.Por último, no hay lugar a condena en costas, en tanto se echa de menos lo exigido en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, es decir que exista una conducta temeraria de las partes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**F A L L A**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 14 de marzo de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Decisión Séptima, en los términos expuestos en esta sentencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** no probada la objeción por error grave propuesta por el apoderado de la parte actora.

**TERCERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda.

**CUARTO: SIN COSTAS**, toda vez que no están probadas.

**QUINTO:** En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Presidenta

**RAMIRO PAZOS GUERRERO DANILO ROJAS BETANCOURTH**

 Magistrado Magistrado

1. La parte actora sostuvo: *“1.4. De esta forma, si bien este contratista acepta soportar la aplicación de la fórmula en el sentido inicialmente contratado y durante el plazo originalmente convenido, lo cierto es que durante sus prórrogas tiene el derecho a su modificación, por cuanto no cumplió con su finalidad de ajuste”. Más adelante precisa: “1.6. Fue ajeno al control del contratista el hecho de que los plazos tuvieran que prorrogarse por problemas de diseño y que al mismo tiempo a fórmula, que había previsto para compensar las variaciones en los costos de materiales y mano de obra, no lo haya hecho; lo cual constituye el fundamento necesario y legal para solicitar la indemnización correspondiente”. Igualmente, puso en entredicho que el 40% del anticipo no fuera objeto de la cláusula de reajuste, lo cual a su juicio hizo inoperante la cláusula de reajuste. Así concluyó “1.12. Pero, igualmente, se ha dicho que no es posible que realizada la amortización total del anticipo entregado, la fórmula tenga que permanecer invariable, pues se supone que a partir de ese momento lo que se factura es adicional y tiene que estar regulado por condiciones de ajuste diferentes, para las cuales ningún pago anticipado realizo la entidad”* (fls. 32 a 38, c. ppal). [↑](#footnote-ref-1)
2. Los recursos se interpusieron el 20 y 26 de abril de 2007 (fls. 583 a 591, c. ppal 2). [↑](#footnote-ref-2)
3. Vale recordar que este perito fue designado para resolver la objeción por error grave formulada por la parte demandada en contra del dictamen de los peritos Paz y Patiño. [↑](#footnote-ref-3)
4. Mediante Acuerdo municipal n.° 069 del 10 de diciembre de 1997, las EE.PP.MM. se transformaron en una empresa industrial y comercial del Estado. Visto en: <https://www.epm.com.co/site/Portals/5/documentos/InformacionRelevante/2.%20Transformaci%C3%B3n%20EPM_Empresa%20Industrial%20y%20Comercial.pdf>. [↑](#footnote-ref-4)
5. En efecto, la Sección ha sostenido: *“Por manera que si la jurisdicción administrativa conoce de la actividad contractual y precontractual de todas las entidades públicas, se sometan éstas últimas o no al estatuto de contratación estatal, en tanto se adoptó un criterio orgánico en el que resulta irrelevante el régimen de derecho aplicable, o lo que es igual, sin que incida la norma sustantiva que se les aplique, es competente para conocer del asunto en tanto la Nación es una entidad pública”.* En: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2010, exp. 19.526, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-5)
6. La pretensión mayor de la demanda es por los sobrecostos por menor amortización de los recursos dispuestos para la ejecución del contrato, la cual es por la suma de $1.287.714.680, lo que pone en evidencia la vocación de doble instancia del presente asunto.

 [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 10 de marzo de 1994, exp. 9118, M.P. Juan de Dios Montes Hernández; igualmente, de la misma Sección, sentencia del 26 de abril de 2006, exp. 15.188, M.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 10 de marzo de 1994, exp. 9118, M.P. Juan de Dios Montes Hernández. [↑](#footnote-ref-8)
9. Vale recordar que la demanda se presentó el 18 de junio de 1998 (fl. 112, c. ppal). [↑](#footnote-ref-9)
10. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 10 de marzo de 1994, exp. 9.118, M.P. Juan de Dios Montes. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 2000, exp. 12.513, M.P. María Elena Giraldo Gómez. [↑](#footnote-ref-11)
12. Se entendía de esa forma, si la liquidación bilateral no se verificaba dentro de los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato o, en su defecto, en el plazo fijado por el pliego de condiciones o términos de referencia, y si vencido ese plazo no se liquidaba unilateralmente dentro de los dos meses siguientes. [↑](#footnote-ref-12)
13. Es necesario recordar que, según el texto de la resolución n.° 72840 del 15 de agosto de 1997, la finalización del contrato se produjo el 15 de julio de 1996 (fl. 199, c. ppal). En consecuencia, la liquidación fue realizada dentro del término legal para llevarla a cabo, razón por la cual el cómputo de la caducidad de la acción debe hacerse en la forma expuesta en esta providencia. [↑](#footnote-ref-13)
14. Lo anterior en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 19 de 1982 que establecía:  *“En el desarrollo de la autonomía de los Departamentos y Municipios sus normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio; para las normas sobre tipos de contratos, clasificación, efectos, responsabilidad y terminación están reservadas a la ley, así como las de inhabilidades e incompatibilidades”.* [↑](#footnote-ref-14)
15. El artículo 1 del citado decreto ley establecía: “*De las entidades a las cuales se aplica este estatuto. (…) Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos), y los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto. (…)”*. [↑](#footnote-ref-15)
16. Efectivamente, el citado artículo 1 prescribía: *“Las normas que en este estatuto se refieren a tipos de contratos, su clasificación, efectos, responsabilidades y terminación, así como a los principios generales desarrollados en el título IV, se aplicarán también en los Departamentos y Municipios”*. [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-17)
18. Precisa anotar que al pliego de condiciones se le efectuaron cuatro adendas (fls. 168 a 188, c. ppal); sin embargo, como ellas no variaron el contenido de las disposiciones transcritas, la Sala se abstiene de referirlas, salvo en lo relacionado con el numeral 1.01.14., que fue modificado por la adenda n.° 3 del 19 de julio de 1993. [↑](#footnote-ref-18)
19. Originalmente decía *“planos de construcción”*, pero por adenda n.° 3 del 19 de julio de 1993 se cambió por *“planos de fabricación”* (fl. 178, c. ppal). [↑](#footnote-ref-19)
20. En el anexo n.° 2 se encuentra la propuesta de la actora. [↑](#footnote-ref-20)
21. Con todo, precisa señalar que el 25 de agosto de 1994, la contratista manifestó algunas observaciones a la contratante sobre las actas de modificación n.°s 1 y 2, en cuanto a las cantidades de obra, lo que significaba el descongelamiento de la cláusula de reajuste y los plazos otorgados (fls. 26 y 27, anexo 5). [↑](#footnote-ref-21)
22. El 20 de octubre de 1994, el contratista envió a la contratante el acta de modificación bilateral n.° 2 sin observaciones (fl. 564, anexo n.° 6), con todo y que el 25 de agosto de 1994, la contratista manifestó a la contratante algunas observaciones frente a las actas de modificación n.°s 1 y 2, en cuanto a las cantidades de obra, lo que significaba el descongelamiento de la cláusula de reajuste y los plazos otorgados (fls. 26 y 27, anexo 5). [↑](#footnote-ref-22)
23. El 30 de enero de 1995, el contratista envió a la contratante firmada y sin observaciones el acta de modificación bilateral n.° 3 (fl. 463, anexo 6). [↑](#footnote-ref-23)
24. Después de una búsqueda cuidadosa, no se pudo ubicar un documento donde el contratista dejara alguna salvedad. [↑](#footnote-ref-24)
25. Obra en el expediente el oficio n.° CE302-05 del 2 de agosto de 1995, donde la contratista remitió a la contratante el acta bilateral n.° 5 debidamente firmada y sin observaciones (fl. 246, anexo n.° 6). [↑](#footnote-ref-25)
26. El 24 de enero de 1996, el contratista remitió a la contratante el acta de modificación bilateral n.° 6 firmada y sin ninguna observación. En la misma, solicitó agilizar la firma del acta de modificación bilateral n.° 7, cuyos términos se habían acordado hace más de un mes (fl. 854, anexo 7). [↑](#footnote-ref-26)
27. Precisa señalar que esta modificación se fundamentó en lo explicado en el oficio CE393-35 del 1 de abril de 1996, donde el contratista solicitó a la contratante la ampliación del plazo contractual porque advirtió la necesidad de definir unas actividades para la ventanería del edificio y el remate de piso para la ventanería de las torres secas (fl. 758 y 759, anexo n.° 7). Lo anterior se deduce así, en tanto el acta de modificación bilateral n.° 8 del 26 de abril de 1996 se limitó al reconocimiento de unos pagos al contratista, mientras que el acta en estudio sí tiene que ver con la solicitud referida. Resulta necesario aclarar lo expuesto, toda vez que la referida solicitud es inmediatamente anterior al acta n.° 8, pero su petición sólo se recoge en el acta n.° 9. [↑](#footnote-ref-27)
28. Después de una cuidadosa búsqueda no se pudo ubicar el texto de la comunicación CEE-027-6 de 1996, contentiva de la salvedad referida. [↑](#footnote-ref-28)
29. Después de una búsqueda cuidadosa en el expediente, no se pudo encontrar esta comunicación. Con todo, en comunicación del 9 de octubre de 1996, identificada con el n.° CE440-35, después de advertir el recibo del acta de modificación bilateral n.° 10 para su firma, la contratista manifestó a la demandada su inconformidad frente a la cláusula de exoneración de responsabilidad, por la prohibición legal de renunciar a las reclamaciones legales, para lo cual remitió a sus reclamaciones económicas contenidas en el oficio CEE-036-6 del 30 de agosto de 1996 (fl. 262, anexo n.° 15). Igualmente, obra la respuesta dada a este último oficio por parte de las EE.PP.MM. (fls. 152 a 167, c. ppal, oficio n.° 670118 del 29 de enero de 1997). [↑](#footnote-ref-29)
30. Obra copia de esa acta, la cual solo está firmada por el representante legal de las EE.PP.MM. y tiene fecha del 8 de julio de 1997 (fls. 21 a 25, anexo n.° 3). [↑](#footnote-ref-30)
31. Precisa recordar que la demandada solicitó que se declarara la nulidad de la prueba pericial (fls. 314 a 316, c. ppal 2), en tanto el Tribunal de primera instancia, sin que se hubiera presentado circunstancia que habilitara el cambio del perito Jaime Mejía Escobar, procedió a nombrar al ingeniero civil Luis Patiño Lemos. Sobre el particular, precisa recordar que esa nulidad fue resuelta por el *a quo* a través del auto del 26 de mayo de 2003, en el sentido de considerar que lo advertido por la demandada no configuraba causal de nulidad a la luz del artículo 140 del Código de Procedimiento. Además, que se trataba de un vicio de forma y no de fondo, en tanto el dictamen pericial logró su finalidad y no se violó el derecho de defensa de ninguna de las partes (fl. 399, c. ppal 2). En ese orden, como esa decisión se encuentra en firme, habrá que estarse a lo decidido en ella. A más de lo expuesto, esa misma posición se reiteró en la sentencia de primera instancia, sin que las partes en sus alzadas insistieran en los reparos frente al particular. En consecuencia, el peritaje se valorará sin otra consideración. [↑](#footnote-ref-31)
32. Cita original: SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D. “Economía”. Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 2002, pág 40. [↑](#footnote-ref-32)
33. Cita original: *Ibídem*. pág. 596 y ss. [↑](#footnote-ref-33)
34. Cita original: *Ibídem*. pág. 536. [↑](#footnote-ref-34)
35. Cita original: *Ibídem*. pág. 536. [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 20.524, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-36)
37. *Ibíd*. Sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 20.524. [↑](#footnote-ref-37)
38. *Ibíd*. Sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 20.524. En esa oportunidad, se precisó que el mecanismo de revisión de precios *“opera cuando el sistema de ajuste resulta inocuo o insuficiente para mantener constante el equilibrio del contrato frente a la variación de los precios que inciden en la relación negocial o cuando las partes no han acordado en el contrato un sistema de actualización de precios y éstos sufren alteración por los fenómenos económicos anotados en precedencia* [fluctuación de la oferta y la demanda, inflación, devaluación o revaluación en niveles previsibles]*”*. [↑](#footnote-ref-38)
39. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-39)
40. Cita original: Desde luego, el hecho jurídico de contenido económico no puede tener la entidad suficiente para imposibilitar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, pues, de ser así, no se estaría en presencia de un supuesto de alteración de la equivalencia de las prestaciones que imposibilite relativamente la ejecución del objeto contractual, sino de una causa de extinción del negocio jurídico, por imposibilidad absoluta de cumplir con el objeto de las obligaciones. [↑](#footnote-ref-40)
41. Sobre la fuerza vinculante de la cláusula de reajuste y su inmodificabilidad ver, entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 2 de septiembre de 2004, exp. 14.578, M.P. María Helena Giraldo Gómez; del 18 de octubre de 2007, exp. 15.756, M.P. Enrique Gil Botero, y del 12 de junio de 2014, exp. 26.550, del último Magistrado en mención.   [↑](#footnote-ref-41)
42. Esa norma señala: *“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”*. [↑](#footnote-ref-42)
43. En tal sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, exp. 14.577, M.P. Ricardo Hoyos Duque. En esa oportunidad, precisó: *“Lo primero que debe hacer el contratante es, pues, probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera. Al emplear la terminología corriente, la ganancia que falta, la falta de ganancia, el lucrum cessans, nunca se toma en consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda absolutamente excluida. Por tanto, lo que se deja de ganar no es nunca un álea extraordinario; es siempre un álea normal que debe permanecer a cargo del contratante”*. En reciente oportunidad ver: Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2015, exp. 28.682, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-43)
44. BENAVIDES, José Luis, *Contratos Públicos. Estudios*, Universidad Externado de Colombia, 2014, Bogotá, p. 420. [↑](#footnote-ref-44)
45. Precisa recordar que el valor a reconocer por reajuste fue $204.255.85; sin embargo, de esa suma, $144.348.104 corresponden a los desajustes propiamente dichos y $59.907.751 a intereses a julio de 1996 (fls. 284 a 288, c. ppal 2). [↑](#footnote-ref-45)
46. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, del 7 de febrero de 2010, exp. 17.663, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-46)
47. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 2003, exp. 10883, M.P. Alier E. Hernández Enríquez. En esa oportunidad, se dijo: *“En el caso concreto los peritos afirmaron que los precios de los insumos se incrementaron considerablemente; al efecto anexaron documentos que dan cuenta de precios iniciales y finales con diferencias importantes. Pero ello no resulta suficiente para determinar la revisión de la cláusula de ajuste, toda vez que era indispensable probar que ésta no resultó suficiente ni adecuada para mantener el equilibrio financiero del contrato”*. En la sentencia citada también se advierte: *“sólo es dable revisar la cláusula de ajuste o proceder a la revisión de precios si se demuestra que hubo* ***situaciones económicas graves*** *que la hicieron ineficaz”* (se refiere a la sentencia del 22 de febrero de 2001, exp. 13.682)*.* [↑](#footnote-ref-47)
48. Dicha norma dispone: *“RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS. Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”*. [↑](#footnote-ref-48)
49. Ese artículo prescribe: *“CONDONACIÓN. El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale”.* [↑](#footnote-ref-49)
50. Esta Corporación ha sostenido que la renuncia no consulta con el interés individual del renunciante, cuando con la misma se afecta el patrimonio público. En efecto, así lo ha precisado: *“Lo anterior pone de presente que la renuncia al beneficio no sólo mira al “interés individual del renunciante” sino al interés público por cuanto como consecuencia de la renuncia a la exención COOPINANDINA disminuyó, en detrimento del fisco, la base sobre la cual debía liquidar la sanción por extemporaneidad; en consecuencia, no procedía la renuncia a la exención realizada por la actora”.* Sección Cuarta, sentencia del 10 de febrero de 2005, exp. 13.892, M.P. Héctor J. Romero Díaz. [↑](#footnote-ref-50)
51. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de mayo de 2014, exp. 23.788, M.P. Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-51)
52. Cita original: En sentencia del 28 de septiembre de 2011, exp. 15.476, la Sección Tercera se refirió al régimen de contratación de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y precisó que se rigen por el derecho privado. No obstante, con relación al objeto de estudio, precisó que en vigencia del Decreto 222 de 1983 no les aplicaban las cláusulas excepcionales. Sin embargo, la renuncia a reclamación diplomática, por parte de contratista extranjero, sí podía incluirse, de conformidad con lo previsto en el 254 de dicho estatuto. Ésta facultad también constituía un poder exorbitante a favor de la administración: // *“La exclusión de este tipo de entidades del ámbito de aplicación del estatuto contractual previsto en el Decreto Ley 222 de 1983, se confirma en su artículo 254 en el que claramente se establecía que “[s]alvo lo dispuesto en este estatuto, los requisitos y cláusulas de los contratos que celebren las empresas industriales o comerciales del Estado, no serán los previstos en este decreto sino los usuales para los contratos entre particulares. Sin embargo, cuando a ello hubiere lugar, incluirán lo relativo a renuncia a reclamación diplomática por parte del contratista extranjero”* (subraya la Sala).” // Así mismo, en sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 17.009, la misma Sección se refirió a la renuncia a reclamaciones diplomáticas por parte del contratista extranjero, no obstante en esta oportunidad se señaló que el estatuto de la contratación solo regularía aquellos aspectos relacionados con los poderes exorbitantes, su competencia y finalidades: // “*Los contratos administrativos no se rigen en su integridad por las normas del decreto 222 de 1983, el que gobierna, en principio, sólo aquellos aspectos expresamente señalados y que fuera de tocar con el régimen de su competencia y finalidades, ordinariamente tienen que ver con los poderes exorbitantes que la administración posee en el campo de la contratación pública (caducidad, terminación, modificación, interpretación, cláusula penal pecuniaria, sujeción a apropiaciones presupuestales, garantías, renuncia a reclamación diplomática, liquidación unilateral, etc., etc.)”.* [↑](#footnote-ref-52)
53. Cita original: En este sentido, expresó la Sección Tercera en la sentencia del 3 de mayo de 1999 –exp. 11.169*-: “Obra en el expediente copia del documento suscrito por la menor y su señora madre, señora Marta Sierra en el que se hizo constar que renunciaban “a cualquier reclamación en caso de que, como consecuencia de los exámenes o tratamiento practicados en el Instituto, quedare alguna incapacidad funcional u orgánica. Este documento no exonera de responsabilidad a la entidad demandada, por las siguientes razones: En primer término porque la menor al momento de la firma del documento tenía 11 años de edad y por lo tanto carecía de capacidad para consentir (1504 C.C.); en segundo lugar, dicho documento no reúne las características del consentimiento informado pues no sólo no contiene una aceptación por parte de los representantes legales de la paciente del procedimiento terapéutico específico que se le va a practicar sino que también carece de información sobre las consecuencias, secuelas o riesgos del mismo. Allí sólo se autoriza en forma genérica la práctica de todos los exámenes que el Instituto considere necesarios, inclusive examen post-mortem y el someterse al tratamiento que el mismo indique para la enfermedad. Considera la Sala con el profesor belga Roger O. Dalcq que cuando el médico no advierte al paciente sobre los riesgos previstos y estos se producen en el curso de un procedimiento médico quirúrgico, este los asume en forma unilateral y compromete su responsabilidad personal y la del centro asistencial en el cual presta sus servicios. La renuncia previa a reclamaciones por daños derivados de hechos ilícitos, culposos y en el caso de las personas jurídicas de derecho público por falla en el servicio no puede ser admitida porque tiene causa ilícita (15 y 1522 C.C.). Adicionalmente, en el evento de que fuese legal la disposición del derecho de la menor a accionar que pretendía ejercitar la madre requería la previa autorización judicial (489 ibídem). Por lo tanto el documento aportado por la entidad demandada no podrá tenerse en cuenta para exonerarla de responsabilidad”.* [↑](#footnote-ref-53)
54. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de marzo de 2015, exp. 26.224, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-54)
55. En el mismo sentido, entre otras, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de marzo de 2012, exp. 11001-3103-010-2001-00026-01, M.P. William Namén Vargas. En esa oportunidad, se precisó: *“2. No obstante lo anterior, en lo civil “es nulo el acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato” (art. 1740 C.C.), son causas de nulidad absoluta la incapacidad absoluta de las partes (art. 1742, C.C) la ilicitud de la causa u objeto y la “omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos” (art. 1740, C.C.); en lo comercial, genera nulidad absoluta la contrariedad de la “norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa”, la incapacidad absoluta de las partes y la “causa u objetos ilícitos” (art. 899 C. de Co), y en ambos ordenamientos, la incapacidad relativa de las partes, el error, la fuerza, el dolo y las deficiencias de la formalidades habilitantes o tutelares generan nulidad relativa (art. 1741 [2] c.c. y art. 900 C. de Co)”*. [↑](#footnote-ref-55)
56. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de octubre de 2011, exp. 11001-3103-032-2001-00847-01, M.P. William Namén Vargas. En esa providencia a su vez se remite a: *“(cas.civ. sentencias de 19 de octubre de 1994, CCXXXI, 747; 2 de febrero de 2001, exp. 5670; 13 de febrero de 2002, exp. 6462)”*. [↑](#footnote-ref-56)
57. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. [↑](#footnote-ref-57)
58. Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. No. 10.151, C.P. Daniel Suárez Hernández. Igualmente, en sentencia de 29 de agosto de 2007, exp. 15.469, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, se enunciaron estos mismos criterios de necesidad de la autorización y recibo a satisfacción respecto de obras adicionales no amparadas en el contrato, pero que resultaban esenciales para la obra, como presupuesto para que proceda algún reconocimiento. [↑](#footnote-ref-58)
59. Este es uno de los rediseños por los cuales reclama la parte actora (fl. 54, c. ppal) [↑](#footnote-ref-59)
60. Vale aclarar que sólo hasta el 24 de enero de 1996, el contratista remitió a la contratante el acta de modificación bilateral n.° 6 firmada y sin ninguna observación y en la misma oportunidad solicitó agilizar la firma del acta de modificación bilateral n.° 7, cuyos términos, según la misma contratista, se habían acordado hace más de un mes (fl. 854, anexo 7). [↑](#footnote-ref-60)
61. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 16.432, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En esa oportunidad, con base en la doctrina, la Sala precisó: *“Al respecto la doctrina ha precisado que un dictamen pericial será eficaz cuando en él consten los fundamentos de las conclusiones, habida cuenta que “si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar ese aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a adoptarlo como prueba si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable”. Ha explicado también que las conclusiones del dictamen pericial deben ser claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos toda vez que “(…) la lógica relación entre ellas y los fundamentos que las respaldan debe existir siempre, para que merezcan absoluta credibilidad. Este requisito es consecuencia del anterior. Si unos buenos fundamentos van acompañados de unas malas conclusiones o si no existe armonía entre ellos o si el perito no parece seguro de sus conceptos, el dictamen pericial no puede tener eficacia probatoria”.* [↑](#footnote-ref-61)
62. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, exp. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido, entre otras: sentencias del 29 de abril de 1999, exp. 14.855, M.P. Daniel Suárez Hernández; 31 de marzo de 2003, exp. 12431, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; 11 de septiembre de 2003, exp. 14.781, M.P. Ricardo Hoyos Duque; 29 de enero de 2004, exp. 10.779, M.P. Alier Hernández Enríquez; 29 de agosto de 2007, exp. 14.854, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; 31 de agosto de 2011, exp. 18080, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, y 28 de septiembre de 2012, exp. 25.388, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. [↑](#footnote-ref-62)
63. Cita original: La Sala ha dicho que *“para que resulte admisible el restablecimiento de tal equilibrio económico del contrato, debe probar que esos descuentos, representaron un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab - initio, que se sale de toda previsión y que le representó una mayor onerosidad de la calculada y el tener que asumir cargas excesivas, exageradas, que no está obligado a soportar, porque se trata de una alteración extraordinaria del álea del contrato; y esto es así, por cuanto no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él.”* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, reiterada entre otras providencias por la Sentencia de 8 de marzo de 2007, Exp. 15052. [↑](#footnote-ref-63)
64. Cita original: Actualmente, el numeral 1 del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, determina que el restablecimiento de la ecuación financiera por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas debe hacerse *“a un punto de no pérdida”*. [↑](#footnote-ref-64)
65. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, exp. 14.854, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-65)
66. Cita original: Sentencia de 28 de Octubre de 1994, Exp. 8092, criterio reiterado por la Sala en Sentencia de 29 de enero de 2004, Exp. 10779, MP. Alier Eduardo Hernández Enríquez. [↑](#footnote-ref-66)
67. El artículo 884 del Código de Comercio, antes de la reforma introducida por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999, vigente para la firma del contrato en estudio, dispuso: *“Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será del doble y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses”*. [↑](#footnote-ref-67)
68. Fuente primer dictamen (fl. 290, c. ppal 2). [↑](#footnote-ref-68)
69. Corte Constitucional, sentencia C-604 del 1 de agosto de 2012, exp. D-8896, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljube. [↑](#footnote-ref-69)
70. Corte Constitucional, sentencia C-604 del 1 de agosto de 2012, exp. D-8896, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljube. En esa oportunidad, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del inciso primero del numeral 4 del artículo 195 de la Ley 1437 de 2011, que dispuso la aplicación de un interés moratorio con base en la DTF desde la ejecutoria de las providencias que reconozcan o liquiden una condena o conciliación, la Corte precisó: *“En tercer lugar, esta Corporación ha reconocido la posibilidad de que existan diferencias entre las tasas de interés en el ordenamiento jurídico colombiano, tal como sucede con los intereses civiles y los comerciales. En este sentido, históricamente las tasas de interés contempladas en el Código de Comercio han sido muy superiores a la tasa de interés del 6 por ciento anual establecida en el Código Civil, llegando incluso a ser más de cuatro veces mayor en el año 2001”*. [↑](#footnote-ref-70)
71. Corresponde a las actas que fueron objeto de retenidos. [↑](#footnote-ref-71)
72. Fecha del acta. [↑](#footnote-ref-72)
73. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de enero de 2016, exp. 34.454, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Reiteración de la sentencia de la Subsección C del 18 de marzo de 2015, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 33.223. [↑](#footnote-ref-73)