**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Carga de la prueba - Buena fe - Salvedades**

En consecuencia, entiende la Sala que el eventual incumplimiento FONADE en la demora de entregar algunos estudios, no repercutió de ninguna manera en el cumplimiento de las obligaciones del contratista pues en aras a restablecer las condiciones económicas y de tiempo de ejecución del contrato las partes suscribieron sendas actas donde convinieron modificar el precio del contrato, así como ampliar el periodo de ejecución. (…) si con la solicitud de un plazo y un valor adicional el actor pretendió ajustarse al cumplimiento de las prestaciones a su cargo – las cuales fueron atendidas por la entidad demandada-, mal puede fundar su pretensión indemnizatoria en dichas situaciones, toda vez que estuvo de acuerdo con ellas en cada prórroga, adición, modificación, suspensión y reinicio suscrita con la entidad contratante. (…) Entonces, la parte demandante mostró su plena conformidad con los reajustes a las condiciones contractuales inicialmente pactadas. Por consiguiente, ofende al principio de buena fe objetiva que el actor pretenda obtener provecho de incumplimientos e inconvenientes –ola invernal, transporte de materiales, nuevos ítems ejecutados, más tiempo en la obra- que en su debida oportunidad fueron abordados y superados por las partes vía reajustes a las condiciones contractuales existentes, de modo tal que si en aquellas ocasiones el demandante no expresó su inconformidad o salvedad a lo convenido o no manifestó que consideraba insuficiente el reajuste propuesto para superar aquellas situaciones, debió expresarlo en dicha oportunidad y no en ulterior ocasión ante el juez del contrato. Como en el sub judice no se aprecian tales alegaciones oportunas, la Sala entiende que el planteamiento formulado por el impugnante no tiene vocación de prosperar. (…) Expuestas las consideraciones que anteceden, la Sala negará las pretensiones derivadas del incumplimiento por parte de FONADE, desequilibrio económico y financiero del contrato y violación del principio de planeación que de acuerdo con lo alegado por el demandante tuvo lugar durante la ejecución del objeto contractual.

**CLÁUSULA PENAL - Proporcionalidad - Disminución - Carga probatoria para disminución de los perjuicios**

La cláusula penal, en principio, excluye la posibilidad de cobrar perjuicios, salvo estipulación expresa en contrario. (…) en cuanto a la motivación técnica para la aplicación de la proporcionalidad y la racionalidad en la cláusula penal y, en general, de la tasación de perjuicios, la Sala considera que frente al contenido de la norma que se acaba de transcribir, la proporcionalidad, en tanto instrumento que dota de razonabilidad el ejercicio de las competencias de la Administración Pública, tiene necesaria presencia en el ámbito específico de la aplicación de la cláusula penal y de la tasación de perjuicios cuando ésta ha sido pactada en un contrato estatal. (…) aunque la Administración cuenta con una norma jurídica habilitante de carácter discrecional no le faculta para ejercer tal competencia de modo arbitrario o irrazonable. (…) Es dentro de este marco jurídico de principios, valores y reglas constitucionales y legales que encuentra sentido afirmar que la facultad, en el ámbito de libertad negocial de las partes, que establece el legislador para pactar la cláusula penal o la tasación de perjuicios en aquellos casos de incumplimiento no puede ser comprendida como escenario habilitante de discrecionalidad cuando se trata de su aplicación en concreto. (…) Así, encuentra la Sala que el actor al solicitar la rebaja de la cláusula penal en proporción al incumplimiento no fue activo en la carga probatoria que le incumbía, toda vez que no demostró en que porcentaje se encontraba su nivel de cumplimiento o incumplimiento contractual. En ese orden de ideas, y de acuerdo a lo expuesto en el numeral 6 de esta providencia, se confirmará la imposición de la cláusula penal por el Tribunal en su totalidad, toda vez que no se logró desvirtuar que la misma fue desproporcionada. Por tanto, no puede desconocer en este escenario lo pactado en el contrato suscrito con FONADE, pues, claramente se dejó estipulado que en caso de incumplimiento parcial o total, procedería la imposición de la cláusula penal pecuniaria por un monto del 10% del valor del contrato, circunstancia que de no cumplirse, violaría gravemente el principio de la buena fe objetiva de la cual ya se habló en líneas anteriores. Así las cosas, tampoco está llamado a prosperar lo solicitado en esos términos por la parte actora en el recurso de apelación. En consecuencia, la Sala procederá a actualizar la suma reconocida como liquidación judicial del contrato conforme a las fórmulas actuariales utilizadas por esta Corporación.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente:** **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

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

**Radicación número: 88001-23-31-000-2011-00021-01(54415)**

**Actor: ORBITA ARQUITECTURA E INGENIERIA LTDA. (HOY S.A.) Y C&C ARQUITECTURA E INGENIERIA S.A.**

**Demandado: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE**

**Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)**

Principio de planeación, salvedades en actas de prórroga o adición del contrato-Acción relativa a controversias contractuales y su marco de pretensiones; alcance de la pretensión de incumplimiento, vicisitudes y la prueba de los perjuicios derivados del incumplimiento; oportunidad de las reclamaciones en materia contractual.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 13 de marzo de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que resolvió:

“**PRIMERO: DECLÁRASE** no probada la excepción de ineficacia probatoria de las pruebas documentales aportadas con la demanda.

**SEGUNDO: LIQUÍDESE JUDICIALMENTE** el contrato de obra No. 2080367 de 2008 celebrado entre FONADE y la Unión Temporal C&C ORBITA FUTBOL conformada por las sociedades ORBITA ARQUITECTURA E INGENIERIA LTDA. (hoy S.A.) Identificada (sic) con el Nit. No. 800.173.768-1 y C&C ARQUITECTURA E INGENIERIA S.A., identificada con el NIT No. 890.324.384-3, así:

|  |  |
| --- | --- |
| **Valor total del contrato** | $6.832.437.510,67 |
| **Valor total ejecutado** | $6.708.979.762,36 |
| **Valor total pagado** | $6.297.820.793,00 |
| **Valor total anticipos pagados** | $2.006.061.080,00 |
| **Valor amortizado del anticipo** | $1.688.621.559,00 |
| **Saldo del anticipo sin amortizar** | $317.439.521,00 |
| **Valores a favor del contratista por Obras ejecutadas y no canceladas (incluido AIU)** | $456.679.535,44 |
| **Valor cláusula penal pecuniaria** | $683.243.751,07 |
| **Compensación de sumas adeudadas** | $544.003.736,63 |
| **Suma final a favor de FONADE** | $544.003.736,63 |
| **Suma indexada a la fecha de la sentencia (marzo de 2015)** | **$641.876.493,00** |

**TERCERO:** **DECLÁRASE** el incumplimiento contractual de las sociedades ORBITA ARQUITECTURA E INGENIERIA LTDA. (hoy S.A.) identificada con el Nit. No. 800.173.768-1 y C&C ARQUITECTURA E INGENIERIA S.A., identificada con el NIT No. 890.324.384-3, integrantes de la UNIÓN TEMPORAL C&C ORBITA FUTBOL, respecto del contrato de obra No. 2080367 de 2008 suscrito con el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE.

**CUARTO: CONDÉNASE** solidariamente a las sociedades ORBITA ARQUITECTURA E INGENIERIA LTDA. (hoy S.A.) identificada con el Nit. No. 800.173.768-1 y C&C ARQUITECTURA E INGENIERIA S.A., identificada con el NIT No. 890.324.384-3, integrantes de la UNIÓN TEMPORAL C&C ORBITA FUTBOL a pagar a favor de FONADE el monto del anticipo que no fue amortizado y el monto de la cláusula penal pecuniaria, valor que luego de ser compensado contra los valores adeudados al contratista, da a favor de FONADE la suma de **QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRES MIL SETECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y TRES CENTAVOS ($544.003.736,63),** que indexada al fecha de esta sentencia es la suma de **SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS ($641.876.493,00).** Todo de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

**SEXTO: NIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda de reconvención.

**SEPTIMO: FIJENSE** los honorarios definitivos del perito CORDELL NICHOLSON en la suma de CINCO MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($5.369.575,oo), dentro de los cuales se incluye la suma fijada como honorarios provisionales, a cargo de FONADE.

**OCTAVO: FIJENSE** los honorarios definitivos del perito VICENTE FERNÁNDEZ, la suma de CINCO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA PESOS ($5.954.570), a cargo de ambas partes.

**NOVENO: FIJENSE** los honorarios definitivos del perito RANDY ALLEN BENT H., en la suma de UN MILLÓN CIENTO SETENTA Y NUEVE MIL PESOS ($1.179.000,oo) a cargo de las sociedades ORBITA ARQUITECTURA E INGENIERIA LTDA. (hoy S.A.) y C&C ARQUITECTURA E INGENIERIA S.A., integrantes de la unión temporal C&C ORBITA FUTBOL.

**DÉCIMO:** Sin condena en costas.

**DÉCIMO PRIMERO:** Ejecutoriada la presente providencia y de no ser impugnada archívese el expediente dejando las anotaciones del caso. Devuélvase al interesado el remanente de los dineros consignados para gastos del proceso, y archívese una copia de esta providencia en los copiadores de este Tribunal.”

**ANTECEDENTES**

**1. Lo pretendido**

En demanda presentada el 28 de marzo de 2011 (fls 1-77, cuaderno principal) la unión temporal C&C ORBITA FUTBOL, integrado por las sociedades ÓRBITA ARQUITECTURA E INGENIERIA LTDA. (Hoy S.A.) y C&C ARQUITECTURA E INGENIERIA S.A., a través de apoderado hicieron las siguientes solicitudes: se declare la liquidación judicial del contrato de obra No. 2080367 de 2008 toda vez que no fue posible la liquidación bilateral y la entidad demandada no ha realizado la unilateral, se declare el desequilibrio económico del mismo contrato como consecuencia del incremento desmesurado de insumos por la fuerte ola invernal que tuvo la isla, por la demora en el suministro de concreto, por la desaceleración en la dinámica de la obra, por la utilización del escenario por parte de terceros y por las dificultades que se presentaron con el transporte de materiales y equipos.

Que se declare el incumplimiento del contrato de obra No. 2080367 de 2008, por parte de la entidad demandada comoquiera que inobservó el principio de planeación y no ha cancelado el precio total del contrato.

Como consecuencia de todas las anteriores declaraciones, se condene a FONADE al reconocimiento y pago de los perjuicios patrimoniales ocasionados durante la ejecución del contrato de obra No. 2080367 de 2008.

**2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones**

Los hechos que sirvieron de fundamento a las pretensiones[[1]](#footnote-1) son en síntesis, los siguientes:

El 27 de febrero de 2008, entre demandante y demandado se celebró el contrato de obra No. 2080367, cuyo objeto consistía en la “*CONSTRUCCIÓN DEL ESTADIO DE FUTBOL (TRIBUNA OCCIDENTAL) PARA LOS XVIII JUEGOS DEPORTIVOS NACIONALES EN EL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en las reglas de participación y adendas del proceso de selección que procedió la celebración del mismo, los documentos e información técnica suministrada por FONADE y la propuesta presentada por el CONTRATISTA, todo lo cual hace parte integral del contrato”*.

Se afirmó, que según la cláusula quinta, el plazo del contrato se estableció por 7 meses y 15 días contados a partir de la suscripción del acta de inicio, la cual, se debía firmar dentro de los 15 días hábiles siguientes al perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, FONADE exigió a la unión temporal suscribir el acta de inicio a los dos días de haberse perfeccionado el contrato de obra, es decir, el 29 de febrero de 2008, lo cual constituyó un hecho nefasto para la correcta ejecución de aquel porque dicho plazo era fundamental para estructurar la organización de la obra, la contratación de personal y otras actividades técnicas.

Manifestó la parte demandante que, durante el plazo inicial del contrato se presentaron situaciones que alteraron su normal desarrollo como consecuencia de las inconsistencias y falencias de los diseños definitivos y de la información técnica suministrada por FONADE, la cual no integraba los proyectos arquitectónico, estructural, urbanístico, hidrosanitario y eléctrico. Lo que a la postre, afectó en gran cantidad el ritmo de ejecución de la obra, puesto que algunas actividades no se pudieron iniciar en la fecha prevista. Así mismo, expuso que hubo un incremento desmesurado de los precios de insumos, una desaceleración de la dinámica de la obra por la orden impartida por el Director de Coldeportes de liquidar unilateralmente el contrato, una fuerte ola invernal que superó los promedios históricos y dificultades en el transporte y llegada de los materiales a la isla porque el barco estuvo averiado en el puerto de Barranquilla.

Señaló, que las prórrogas efectuadas al contrato fueron insuficientes y por ello la unión temporal tuvo que incrementar sus recursos –mayor personal y maquinaria- para lograr un rendimiento superior al previsto.

Finalmente solicitó, que en caso de desestimarse los anteriores argumentos sobre desequilibrio económico del contrato e incumplimiento, se haga un estudio sobre el posible enriquecimiento sin causa de la entidad demandada, pues no tendría justificación alguna para enriquecerse en perjuicio del patrimonio de los demandantes.[[2]](#footnote-2)

**3. El trámite procesal**

3.1- Admitida la demanda y noticiado el demandado del auto admisorio[[3]](#footnote-3), el asunto se fijó en lista y la parte demandada por medio de escrito de 27 de julio de 2011, presentó contestación de la demanda[[4]](#footnote-4) oponiéndose a todas las pretensiones, excepto aquella donde se solicitó la liquidación judicial del contrato de obra No. 2080367, y formulando las siguientes excepciones: **i)** “improcedencia de la aplicación de la teoría del equilibrio económico del contrato en el contrato de obra No. 2080411” (sic), **ii)** “inexistencia de rompimiento del equilibrio económico del contrato de obra 2080411” (sic), **iii)** excepción de contrato no cumplido por parte del contratista unión temporal C&C ÓRBITA FUTBOL, **iv)** inexistencia de violación al principio de planeación por parte de FONADE en el contrato 2080367, **v)** improcedencia de la aplicación del principio del no enriquecimiento sin causa al caso concreto, **vi)** ineficacia probatoria de las pruebas documentales aportadas con la demanda, **vii)**  inexistencia de saldo a favor del contratista C&C ÓRBITA FUTBOL, **viii)** existencia de saldo a favor de FONADE que debe ser incluido en la liquidación judicial que se adopte ordenado al contratista proceder a su pago, **ix)** compensación y **x)** las genéricas.

**3.1. Demanda de reconvención**

Así mismo, el 27 de julio de 2011, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, a través de apoderado judicial presentó demanda de reconvención contra la unión temporal C&C Órbita Futbol, la cual fue admitida por auto de 9 de agosto de 2011.[[5]](#footnote-5)

Como pretensiones de dicha demanda solicitaron se hicieran las siguientes declaraciones: **i)** incumplimiento del contrato por parte de la unión temporal C&C Órbita Futbol, integrada por las sociedades ÓRBITA ARQUITECTURA E INGENIERIA LTDA. (Hoy S.A.) Y C&C ARQUITECTURA E INGENIERIA S.A., toda vez que al vencimiento del plazo contractual no ejecutaron la totalidad de las obras contratadas, **ii)** incumplimiento del contrato de obra No. 2080367 de 2008, comoquiera que la demandada no amortizó el 100% del valor del anticipo, **iii)** como consecuencia de lo anterior, se condene a la U.T. a pagar la cláusula penal pecuniaria pactada en el contrato por un valor de $683.243.751.78., **iv)** se condene a pagar a favor de FONADE el valor del anticipo pendiente por amortizar que asciende a la suma de $317.439.521. y su correspondiente indexación, y **v)** se cancele a favor de FONADE los intereses de mora, se liquide judicialmente el contrato, se condene en costas y se reconozcan los demás perjuicios que aparezcan demostrados dentro del proceso.

Los hechos que sirvieron de fundamento a las pretensiones, son en síntesis los siguientes:

Adujo, que con el objeto de realizar los VIII juegos deportivos nacionales, FONADE, el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y el Instituto Colombiano del Deporte COLDEPORTES, suscribieron el convenio interadministrativo No. 197055, cuyo objetó consistía en aunar esfuerzos para la construcción e interventoría de escenarios deportivos en el Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Manifestó, que para dar cumplimiento a lo anterior se llevó a cabo el proceso de selección IPG 2278-197055, para contratar la construcción del estadio de futbol (Tribuna Occidental), el cual luego de evaluadas las propuestas dio como ganador a la U.T. C&C Órbita Futbol, con quien se suscribió el 27 de febrero de 2008 el contrato de obra No. 2080367, sin embargo, el acta No. 1 de inicio fue suscrita por las partes el 29 de febrero de esa anualidad.

Afirmó, que por medio de comunicación No. 2008ER31337 de 15 de septiembre de 2008, el contratista solicitó prórroga y adición del contrato, la cual fue acogida por la contratante mediante el documento denominado “prórroga, modificación y adición 1” de 15 de octubre de 2008, en donde se estipularon 25 días más de plazo para el contrato –es decir, hasta el 9 de noviembre de 2008- y adicionando el valor del mismo en un valor de $1.015.778.131.33 (incluido AIU).

Luego, con fundamento en la solicitud del contratista y la interventoría el 7 de noviembre de 2008, las partes firmaron la “prórroga 2 contrato 2080367”, en donde se estableció un nuevo plazo hasta el 18 de noviembre de esa misma anualidad, por hechos atribuibles a la fuerte ola invernal, atraso por mayores cantidades de obra y el no oportuno arribo del barcos a la isla. Así mismo, el 18 de noviembre de 2008, las partes firmaron la prórroga No. 3, con el objeto de pactar un nuevo plazo del contrato hasta el 1 de diciembre de 2008.

Así las cosas, el 22 de noviembre de 2008, las partes firmaron el acta No. 1 de suspensión del referido contrato por cuando se hacía necesario el alistamiento del escenario, empero, el 29 de diciembre del mismo año se firmó el documento denominado “reinicio 1, adición 2 y prórroga 4 del contrato 2080367”, fundamentado en la solicitud del contratista y el interventor para la ejecución de mayores obras, disponiendo de los nueve días que hacían falta y prorrogando el plazo de ejecución por 30 días calendario contados a partir del vencimiento del plazo anterior y adicionando el valor del contrato por $484.159.952 (incluido el AIU).

Que las partes el 5 de febrero de 2009, suscribieron la prórroga No. 5 por la cual se amplió de nuevo el plazo de ejecución del precitado contrato por un término de 15 días calendario en virtud de la solicitud del contratista y el interventor como consecuencia de mayores cantidades de obras e ítems no previstos.

Resaltó, que llegado el vencimiento del plazo de ejecución del contrato, esto es, el 20 de febrero de 2009, el contratista no culminó las obras contratadas, de lo cual se dejó constancia en el acta de terminación de la obra de fecha 26 de febrero de esa anualidad, suscrita únicamente por el representante legal de la firma interventora.

Sostuvo, que en el acta final de obra se relacionaron los ítems incumplidos, las observaciones técnicas y se estableció como valor de las obras incumplidas, la suma de $812.322.637.88; razón por la cual, FONADE ante el incumplimiento contractual presentó reclamación formal ante Seguros Colpatria S.A., con cargo a la póliza de cumplimiento No. 8001016515, con lo cual se firmó el acuerdo de compromiso de 29 de abril de 2009 y de 17 de diciembre del mismo año, conforme los cuales la aseguradora se haría cargo de realizar las obras faltantes.

Finalmente, reclamó como incumplimiento, el hecho que el contratista no amortizó el 100% del valor girado como anticipo, quedando pendiente la suma de $317.439.521.oo por amortizar.

**3.2. Contestación de la demanda de reconvención**

Las sociedades demandantes, por separado[[6]](#footnote-6), presentaron contestación de la demanda de reconvención oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones con base en los mismos argumentos esgrimidos en el libelo introductorio.

Luego de surtido el debate probatorio, en proveído de 14 de mayo de 2013 (Fls. 257 a 262 y 268 a 269 c1) se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones de conclusión (Fol. 471 cuaderno principal 2).

El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE., indicó que el incumplimiento del contrato por parte de C&C Órbita Futbol, se encontraba completamente respaldado por el material probatorio, pues, se demostró que el contratista al vencimiento del plazo de ejecución del contrato no culminó la totalidad de las obras contratadas y tampoco amortizó la totalidad del anticipo.

En consecuencia, solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda de reconvención y se nieguen las de la demanda principal.[[7]](#footnote-7)

Por su parte, la unión temporal demandante, por intermedio de apoderado judicial alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la demanda principal.[[8]](#footnote-8)

**4. Sentencia del Tribunal**

El 13 de marzo de 2015, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina negó las pretensiones de la demanda principal y accedió a las pretensiones de la demanda de reconvención con fundamento en las siguientes consideraciones:

Sobre el desarrollo del contrato de obra, el *a* quo señaló que si bien hubo demoras de -3, 4 y hasta 5 meses- en la entrega de los planos del proyecto arquitectónico, estructural, hidrosanitario y eléctrico, después de haberse suscrito el acta de inicio, no estaba demostrado que tales retrasos incidieran en forma grave y determinante en la ejecución de las actividades de la obra, por el contrario, de lo que se consignó en las actas de seguimiento, se concluía que los retrasos en las diferentes actividades programadas eran atribuibles al contratista.

Sostuvo, que las prórrogas del contrato obedecieron a los requerimientos del contratista por alegar mayores cantidades de obra, ítems no previstos, fuerte ola invernal y problemas con el suministro de premezclado. Sin embargo, lo que demostraron esas prórrogas y adición del contrato, fue la diligencia y disposición de FONADE de atender los requerimientos del contratista para asegurar el cumplimiento del objeto del contrato.

De hecho, el *a quo* hizo énfasis, en que en ninguna de las prórrogas y la adición del contrato suscritas por las partes, el contratista dejó salvedades respecto las condiciones de afectación en la ejecución del contrato, cuando es precisamente ese momento en que se supone que se manifiestan y expresan todas las salvedades a que haya lugar.

Aunando a lo anterior, señaló, que si bien las partes del contrato de mutuo acuerdo fueron suscribiendo acuerdos que adicionaban el contrato inicial, no podía pretender el contratista desconocer esos hechos para obtener reconocimientos económicos.

Respecto del incumplimiento del contrato, no se acogieron las pretensiones de la parte demandante –contratista- pero si las pretensiones planteadas por FONADE en la demanda de reconvención, por cuanto se encontró plenamente demostrado que hubo incumplimiento de la unión temporal C&C Órbita Futbol, porque a la fecha final de ejecución del contrato (incluidas las prórrogas) estaban inconclusas las obras y no todas fueron recibidas por la interventoría, es más, se probó que fue seguros Colpatria S.A., quien como garante del contrato asumió la terminación de las obras faltantes.

Como consecuencia de lo anterior, se condenó a la parte actora al pago de la cláusula penal pecuniaria, cuyo monto es del 10% del valor total del contrato.

Sobre el no enriquecimiento sin causa como título subsidiario de imputación alegado por la unión temporal, encontró el Tribunal que no se configuraban los requisitos para la aplicación de dicho principio, toda vez que no se estaba en presencia de un enriquecimiento de FONADE.

Finalmente, el *a quo* realizó la liquidación del contrato de acuerdo con lo probado en el proceso y dando valor probatorio a los dictámenes periciales rendidos por los peritos Nicholson Carlson Cordell y Vicente Fernández.

**5. Recurso de apelación**

El 17 de abril de 2015, la parte demandante interpuso recurso de apelación (fls. 768 a 777, c. ppal.), en el que solicitó que se revoque la sentencia de primer grado y se acceda a lo pretendido.

En la alzada, insistió en el incumplimiento del contrato por parte de FONADE, pues era un contrasentido que en la sentencia impugnada se reconociera que hubo incumplimiento por parte de la referida entidad (cuando entregó algunos estudios meses después de firmada el acta de inicio), pero que no influyó de manera grave en la ejecución del contrato.

Reprochó la clara violación del principio de planeación que debe regir en los contratos, puesto que la entrega incompleta de la información por parte de la entidad pública no se subsanó con las prórrogas del contrato, las cuales constituían una consecuencia negativa del incumplimiento de la parte demandada.

Sobre la cláusula penal pecuniaria, indicó que no se encontró probado que la no entrega de las obras en el plazo convenido se produjera por negligencia del contratista, y en ese sentido no procedía la aplicación de la cláusula penal. Pero, de confirmarse en esta instancia su procedencia, solicitó que la misma fuera tazada proporcionalmente al bajo incumplimiento endilgado.

Finalmente, se refirió a la fuerte ola invernal y a las dificultades para el transporte de materiales, como unos hechos que afectaron gravemente la correcta ejecución del contrato y que dieron pie a las prórrogas que se realizaron.

**6. Actuación procesal en segunda instancia**

El recurso de alzada fue admitido mediante auto de 21 de julio de 2015[[9]](#footnote-9), y el día 18 de agosto de la misma anualidad[[10]](#footnote-10), se dispuso correr traslado para alegar de conclusión por el término común de diez (10) días.

El apoderado de la parte demandada, por medio de memorial de 22 de septiembre de 2015[[11]](#footnote-11), alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

La parte demandante guardó silencio.

**6.1. Concepto del Ministerio público**

El señor Agente del Ministerio Público presentó concepto No. 189 el día 6 de octubre de 2015[[12]](#footnote-12), solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia por cuanto consideró que el principio de planeación si fue cumplido por FONADE, toda vez que contaba con los estudios y diseños elaborados por la sociedad Colombiana de Arquitectos que constituían soporte técnico de viabilidad de la obra.

Con relación a al incumplimiento del contrato, aseguró que existían los elementos probatorios suficientes para afirmar que la unión temporal demandante incumplió el contrato, y en ese caso procedía hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en los términos en que lo realizó el Tribunal de primera instancia.

En consideración a que el expediente se encuentra al despacho del Consejero Ponente para elaboración del fallo y no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, la Sala de Subsección C procede a desatar la alzada, previas las siguientes:

**CONSIDERACIONES**

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: **1.** Alcance del principio de planeación en la contratación estatal; **2.** El incumplimiento contractual; **3.** El principio de buena fe contractual; **4.** La pretensión por desequilibrio económico del contrato; **4.1.** La necesidad de prueba idónea del vínculo ente la situación fáctica alegada y el desajuste o ruptura grave del equilibrio económico del contrato; **4.2.** Oportunidad de las reclamaciones en materia contractual – Salvedades; **5.** Reformatio in peius; **6. La proporcionalidad y la razonabilidad en la aplicación de la cláusula penal y la tasación de perjuicios. 7.** Hechos probados; **8.** Análisis del caso concreto y **9.** Costas.

**1. Alcance del principio de planeación en la contratación estatal[[13]](#footnote-13):**

El cumplimiento de los deberes y principios que la Constitución y la ley imponen en materia de contratación estatal aseguran la eficacia de la actividad contractual y, por ende, la efectiva satisfacción del interés general.

Al respecto, se observa el principio de planeación, cuya ausencia ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales.

En efecto, los contratos del Estado “deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad,”[[14]](#footnote-14) razón por la cual en todos ellos se impone el deber de observar el principio de planeación.

Para cumplir con el principio de planeación deben observarse “parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia”[[15]](#footnote-15)puesto que así se aseguran la prestación de los servicios públicos y la preservación de los recursos del Estado.

Ahora, si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.

Pero además ha de tenerse en cuenta que el inciso 2º del artículo 3º de la Ley 80 de 1993, señala que los particulares “tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que[[16]](#footnote-16) colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones” y por consiguiente de este precepto se desprende que el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse o su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por depender de decisiones de terceros, como por ejemplo el que estos se decidan a enajenar predios sobre los cuales han de construirse las obras que son o serán materia del contrato[[17]](#footnote-17).

Así, por ejemplo, si una entidad estatal celebra un contrato para ejecutar una obra pública en un corto lapso de tiempo (habida cuenta de la magnitud y complejidad de la obra) y al momento de la celebración del negocio ni siquiera ha entrado en negociaciones con los propietarios de los terrenos sobre los cuales la obra se va a hacer, ni ha adelantado diligencia alguna para su adquisición, o sólo se ha adquirido una parte de ellos, es obvio que en ese contrato se faltó al principio de planeación de tal manera que desde ese instante ya es evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse en el tiempo acordado y por consiguiente infringen la ley no sólo la entidad estatal sino también el contratista al celebrar un contrato con serias fallas de planeación puesto que todo indica que el objeto contractual no podrá realizarse o será muy difícil realizarlo en el tiempo prefijado.

En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.

La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato. Es aquí, en este período, donde el principio de legalidad se manifiesta de manera más intensa por actuar en forma de vinculación positiva a la ley, es decir, porque las exigencias del legislador son especialmente expresas y claras para el operador[[18]](#footnote-18).

“…Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales.[[19]](#footnote-19) [[20]](#footnote-20) [[21]](#footnote-21)”

Dentro de esos parámetros se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las condiciones del contrato y las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista.

Ahora, en lo atinente al parámetro de oportunidad es bien sabido que este tiene relación con el momento en que ha de celebrarse el contrato y con la duración de su ejecución ya que, en cuanto a lo primero, debe procederse a la celebración del negocio cuando todos los factores jurídicos, económicos, técnicos, materiales, operativos, temporales, climáticos, etc., que sean previsibles, aseguren la mayor probabilidad de que la ejecución del objeto contractual se llevará a feliz término, se entregará en óptimas condiciones y, en cuanto a lo segundo, involucra la inmediata y eficiente prestación del servicio público y el precio real de las cosas o servicios que serán objeto del contrato.

Pero además ese parámetro de oportunidad, entre otros fines, persigue establecer la duración del objeto contractual pues esta definición no sólo resulta trascendente para efectos de la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista[[22]](#footnote-22).

Y es que la definición de la duración del objeto contractual, y ya considerando el asunto desde el punto de vista del valor, permite fijar el costo real del negocio proyectado, es decir el valor de las cosas o servicios que se van a contratar teniendo en cuenta, entre otras variables, la fluctuación de precios para que la Administración no pague ni más ni menos de lo que verdaderamente vale la ejecución del objeto contractual y de esta manera ajustarse a la conmutatividad objetiva que de acuerdo con el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 debe imperar en el contrato estatal.

De otro lado, el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva pues tiene la obligación de escoger la propuesta más favorable y la escogencia de esta también depende en últimas, como ya se vio, de la observancia del principio de planeación.

Entonces, el desconocimiento del principio de planeación podría llevar al contrato a incurrir en una violación a la normatividad que la impone, incluso, a encajarse en un evento de objeto ilícito, cuando se estén contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos.

Pero, por supuesto, no toda deficiencia en la planeación del negocio jurídico estatal implica una violación a la normatividad que la impone, ya que las falencias que determinan una transgresión normativa, son aquellas que desde el momento de la celebración del contrato hacen evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros, o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente un posible incumplimiento de las partes contratantes, un detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobrecostos en que habrá de incurrirse por el retardo o diferentes situaciones que afecten la ejecución normal del objeto contractual.

Así, también, puede concluirse que no en todos aquellos casos en que, por ejemplo, la entidad estatal no ha adquirido el derecho de dominio sobre los predios sobre los que se ha de construir una obra, se viola el principio de planeación y por ende se vicia el contrato porque, de un lado, puede suceder que la adquisición ulterior sea precisamente un elemento de la estructuración y planeación del negocio que no impide ni retarda la ejecución del objeto contractual, o, de otro lado, que esa falta de adquisición del derecho de dominio de los predios no tenga incidencia en la ejecución de la obra, es decir que no sea un factor determinante de la inejecución del contrato o del excesivo retardo en su ejecución.

**2. El incumplimiento contractual**

En lo que tiene que ver con el incumplimiento contractual ésta Subsección ha señalado con precisión:

“*Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor sólo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.*

*No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que el “pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, que “el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes” y que “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.”[[23]](#footnote-23)*

En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.

Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de “no cumplimiento”[[24]](#footnote-24) y esta situación, por regla general,[[25]](#footnote-25) no da lugar a la responsabilidad civil.[[26]](#footnote-26)

En conclusión, el incumplimiento se entiende como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él.

**3. El principio de buena fe contractual[[27]](#footnote-27)**

Esta Subsección ha insistido sobre la buena fe contractual, u objetiva, en los siguientes términos:

*“De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.[[28]](#footnote-28)*

*En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”*

*Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa[[29]](#footnote-29) en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.[[30]](#footnote-30)*

*Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.*

*Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”,[[31]](#footnote-31) es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho”[[32]](#footnote-32) o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.”[[33]](#footnote-33)*

De manera que el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia[[34]](#footnote-34).

Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento o alteración del equilibrio económico del contrato, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual[[35]](#footnote-35).

Asimismo, tampoco es admisible que una de las partes interprete de forma unilateral las cláusulas inicialmente convenidas en el contrato o negocio jurídico estatal con el objeto de satisfacer sus intereses personales, pues aceptar dicha posibilidad no sólo vulneraría los principios que rigen la actividad contractual del estado sino el principio de buena fe objetiva que según los dictados de los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil debe regir toda relación negocial.

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

Sobre éste punto es necesario precisar que si bien, por regla general, las partes en un determinado contrato o negocio jurídico de carácter estatal pueden de común acuerdo interpretar las cláusulas allí convenidas con sujeción a las reglas de interpretación previstas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil[[36]](#footnote-36) en aras de procurar la adecuada y oportuna ejecución del objeto contractual así como la satisfacción de los intereses generales, dicha facultad no puede ser ejercida por el contratista de forma unilateral y arbitraria.

**4. La pretensión por desequilibrio económico del contrato**

Por medio del contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por ende la satisfacción de intereses de carácter general, propósitos estos que finalmente conducen a que la ejecución del objeto contractual sea una de las cuestiones fundamentales en la contratación del estado.

Por esta razón que la ley ha previsto diversos mecanismos para conjurar aquellos factores o contingencias que puedan determinar la inejecución de lo pactado, destacándose dentro de ellos el reajuste de los precios convenidos de tal manera que al mantenerse el valor real durante el plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se satisfaga entonces el interés general mediante la prestación del servicio público.

Siendo esto así, *“la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse”[[37]](#footnote-37).*

Este deber de restablecimiento del equilibrio económico se encuentra normativamente previsto en los numerales 3º y 8º del artículo 4º, en el numeral 1º del artículo 5º y en el artículo 27, todos de la Ley 80 de 1993, que respectivamente preceptúan:

*“Artículo 4°. De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:*

*(…)*

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

*(…)*

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

*(…)*

*Artículo 5° De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 30.de esta ley. Los contratistas:*

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

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

*(…)*

*Artículo 27. De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*

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

Luego, el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista, lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.

**4.1. La necesidad de prueba idónea del vínculo ente la situación fáctica alegada y el desajuste o ruptura grave del equilibrio económico del contrato**

Las circunstancias determinantes de la alteración del equilibrio económico del contrato, como suficientemente se sabe, pueden derivarse de hechos o actos imputables a la Administración o al contratista, como partes del contrato, que configuren un incumplimiento de sus obligaciones, de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes.

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

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

*“…cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Bien ha sostenido esta Corporación que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar, existiendo, como atrás se señaló, siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él[[38]](#footnote-38) o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos.*

*A este respecto, se observa que en cierto tipo de contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de administración-imprevistos-utilidad-, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del contrato. En efecto, en los contratos de obra pública, ha manifestado el Consejo de Estado que “en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato”[[39]](#footnote-39) [[40]](#footnote-40).*

**4.2. Oportunidad de las reclamaciones en materia contractual – Salvedades**

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

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

Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.

Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como ya se dijo y ahora se reitera, la buena fe contractual, que es la objetiva, *“consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia” [[41]](#footnote-41)* (Se subraya).

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

Esta postura es de vieja data en la Sección Tercera del Consejo de Estado y baste para confirmar lo dicho traer a cuento el siguiente aparte de la sentencia proferida el 23 de junio de 1992, Exp. 6032:

*“La anterior manifestación, sin embargo, no encuentra pleno respaldo en el proceso, porque lo cierto es que si hubo suspensiones de las obras, atrasos, de moras, que en últimas condujeron a la prolongación del término contractual inicialmente señalado, no todo obedeció a la voluntad exclusiva de la entidad contratante, sino que hubo acuerdo entre las partes para hacerlo, como se desprende de las actas de suspensión de obra visibles a folios 63 y 64 del Anexo No. 1, suscrito por los interventores, Auditor General y el contratista; o bien de las obras adicionales contratadas, las cuales fueron consignadas en los documentos “otro sí” que reposan en los folios 50 a 60 del Anexo No. 1, suscritos también por el contratista; así mismo, obran en autos las solicitudes de prórroga del actor y los plazos concedidos no sólo en atención a esas peticiones, sino para que entregara la obra contratada en estado de correcta utilización.*

*No encuentra la Sala razonable que el contratista después de finalizado el contrato, por entrega total de la obra, pretenda censurar a la administración por prolongaciones en el plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con las mismas y en parte fue causante de aquellas. En ningún momento el contratista impugnó tales prórrogas y, si lo hizo, de ello no hay demostración alguna en el proceso. En cambio, si se infiere que con las prórrogas y ampliaciones las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron, todo con el ánimo de obtener la ejecución del objeto contractual y de cumplir a cabalidad las obligaciones contractualmente adquiridas. De estas apreciaciones concluye la Sala que no hay lugar a aceptar el cumplimiento respecto del término del contrato planteado por el actor…” (Resaltado propio).*

Dicha postura fue retomada posteriormente por la Subsección B de la Sección Tercera de ésta Corporación al señalar que:

*“Así las cosas, es menester puntualizar los efectos jurídicos que en relación con reclamaciones pendientes tienen los negocios jurídicos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensiones suscritos por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad para adaptar el contrato a las exigencias que sobrevengan o sobre el reconocimiento debido de las prestaciones cumplidas, en el sentido de que no proceden reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos.*

*Esta Sección en sentencia de 23 de julio de 1992, rechazó una reclamación de la contratista después de finalizado el contrato por prolongaciones del plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con ellas, puesto que se entiende que mediante estas prórrogas las partes procuraron superar las dificultades que se presentaron para la debida ejecución del contrato*

*(…)*

*Igualmente, en sentencia de 22 de noviembre de 2001, utilizando este criterio como adicional a la falta de prueba de los mayores sobrecostos, indicó que cuando se suscribe un contrato modificatorio que cambia el plazo original dejando las demás cláusulas del contrato incólumes (entre las mismas el precio), no pueden salir avante las pretensiones de la contratista[[42]](#footnote-42):*

*“No se probó procesalmente que BENHUR, dentro del término de ejecución del contrato incurrió en* ***sobrecostos superiores a los reconocidos por CEDENAR.*** *Además la Sala destaca que BENHUR en ejercicio de su autonomía de la voluntad suscribió contratos adicionales de plazo en los cuales luego de la modificación de la cláusula original de PLAZO, convino con CEDENAR que* ***las demás cláusulas del contrato, entre ellas el precio, permanecían incólumes****” (subraya la sala).*

*No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negóciales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato...*

*[… ] 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.*

*Con mayor razón legal se genera este efecto jurídico, tratándose de posibles reclamos en materia de desequilibrios económicos del contrato al momento de convenir las condiciones del contrato modificatorio o adicional, en tanto el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que si la igualdad o equivalencia financiera se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, “…las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”, suscribiendo para tales efectos “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar…”*

*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.”[[43]](#footnote-43)*

La Subsección C de la Sección tercera de ésta Corporación también acoge dicha posición al señalar:

*“Pues bien, la Sala entiende que el término adicional no pudo causar una mayor permanencia en la obra imputable a la entidad, por varias razones:*

*En primer lugar, porque este lapso fue objeto de un contrato donde las partes expresaron su voluntad sobre las condiciones en que se continuaría ejecutando la obra, de manera que siempre que se suscribe un contrato adicional la voluntad de las partes retorna a una posición de reequilibrio de las condiciones del nuevo negocio –como cuando se suscribió el contrato inicial-, porque tanto contratante como contratista tienen la posibilidad de suscribirlo o de abstenerse de hacerlo, y si ocurre lo primero, a continuación pueden establecer las nuevas condiciones del negocio.*

*(…)*

*Esto significa que es perfectamente posible modificar, de común acuerdo, en los contratos adicionales, los precios unitarios o globales del contrato a celebrar, bien para reducirlos o para incrementarlos, definición que cada parte valorará y seguramente concertará en función de los precios del mercado del momento. Claro está que si desde el negocio inicial el contratista se comprometió en alguna de sus cláusulas a mantener los precios, en caso de que se adicione el contrato, entonces la libertad de pacto se habrá empeñado desde esa ocasión, y a ella se atendrá la parte comprometida. En este mismo sentido ya ha expresado esta Sala que:*

*“… En este sentido, tampoco es aceptable, como lo afirma el actor, que por tratarse de un contrato adicional los precios unitarios debían ser los mismos del contrato inicial, so pretexto de que este aspecto era inmodificable.*

*“Este criterio es equivocado, porque bien pudo el contratista asumir una de estas dos conductas, al momento de celebrar los negocios: i) suscribirlos, pero con precios de mercado adecuados, es decir, renegociando el valor unitario de los ítems –en otras palabras, debió pedir la revisión del precio-, o ii) desistir del negocio, porque no satisfacía su pretensión económica, teniendo en cuenta que estaba vigente un impuesto que gravaba la actividad adicional que pretendía ejecutar.*

*“Es así como, si acaso se le causó un daño al contratista se trata de una conducta imputable a él, porque suscribió varios negocios jurídicos pudiendo desistir de ellos, cuando no satisfacían su pretensión económica[[44]](#footnote-44).*

*“Por tanto, es inadmisible que ahora, luego de celebrados y ejecutados los negocios jurídicos, en vigencia de leyes que claramente señalaban las condiciones tributarias del momento, solicite una indemnización por hechos imputables a la gestión propia, pues de haber sido precavido no se habrían generado las consecuencias que dice padecer.”*

*(…)*

*En estos términos, el actor pudo acordar nuevos precios, pero no lo hizo; y mal puede venir ahora, ante el juez, a pedirle que lo haga mediante una sentencia, cuando debió negociar en su momento este aspecto. Otra cosa sería que se alegara la materialización de la teoría de la imprevisión, por cuya virtud la alteración de las condiciones de un negocio, ya celebrado, por circunstancias posteriores y ajenas a las partes, se hace difícil en su ejecución y cumplimiento, rompiendo la igualdad y el equilibrio del negocio. Pero este no es el caso, porque sin duda la suscripción de los dos contratos adicionales -tanto el de valor como el de plazo-, estaba precedido de las circunstancias que verdaderamente lo originaron, y fue sobre esas razones -conocidas por el contratista- que se pactó lo que consta en esos dos documentos.*

*En este horizonte, cada parte del negocio se hace responsable de aquello a lo que se compromete, y así mismo, mientras nuevas circunstancias no alteren el acuerdo, se considera que contiene en sí su propio reequilibrio financiero[[45]](#footnote-45).*

En conclusión, para que proceda el restablecimiento judicial de la ecuación financiera del contrato es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1.- Que la ruptura de la ecuación financiera del contrato (menoscabo) sea de carácter GRAVE.

2. Que a través del medio probatorio idóneo se encuentre acreditada la relación entre la situación fáctica alegada como desequilibrante y la ruptura grave del equilibrio económico.

3. Que la situación fáctica alegada como desequilibrante no corresponda a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

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

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

**5. Reformatio in peius**

La garantía constitucional plasmada en el artículo 31 superior, según la cual se prohíbe reformar la sentencia en perjuicio del apelante único, era desarrollada por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil y hoy por el artículo 328 del Código General del Proceso al prever respectivamente que *“la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso”* y que *“el juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único.”*

Teniendo en cuenta que el *a quo* condenó a las sociedades apelantes a pagar una suma de dinero correspondiente a la liquidación del contrato y la cláusula penal pecuniaria, la Sala entiende que por tratarse de apelante único la condena no podrá hacerse más gravosa, en aplicación del principio de la *no reformatio in pejus*, que enseña que *“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones*.” –Art. 357 CPC- Esta disposición, en todo caso, tiene fundamento en el inciso segundo del art. 31 de la Constitución Política, que dispone: “*El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”*

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta también, la sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 9 de febrero de 2012, rad: 21.060, la cual unificó la jurisprudencia en cuanto a la competencia del Juez *ad quem* con ocasión del recurso de apelación en los siguientes términos –se resalta-:

*“(…) En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro –y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia[[46]](#footnote-46) de la sentencia como el principio dispositivo[[47]](#footnote-47), razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”[[48]](#footnote-48).*

Conforme a lo anterior, la Sala abordará el análisis del asunto, en consonancia a los argumentos expuestos por el apelante único con miras a no hacerle más gravosa su situación.

**6. La proporcionalidad y la razonabilidad en la aplicación de la cláusula penal y la tasación de perjuicios.**

La cláusula penal, en principio, excluye la posibilidad de cobrar perjuicios, salvo estipulación expresa en contrario. Así lo establece el artículo 1594:

*“Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”.*

También se ocupa el código civil de regular la hipótesis en que el incumplimiento de la obligación principal ha sido parcial y el acreedor recibe parte del objeto debido. Para el efecto, esta codificación dispuso en el artículo 1596.

*“Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”*

De otra parte, en cuanto a la motivación técnica para la aplicación de la proporcionalidad y la racionalidad en la cláusula penal y, en general, de la tasación de perjuicios, la Sala considera que frente al contenido de la norma que se acaba de transcribir, la proporcionalidad, en tanto instrumento que dota de razonabilidad el ejercicio de las competencias de la Administración Pública, tiene necesaria presencia en el ámbito específico de la aplicación de la cláusula penal y de la tasación de perjuicios cuando ésta ha sido pactada en un contrato estatal.

En efecto, aunque la Administración cuenta con una norma jurídica habilitante de carácter discrecional no le faculta para ejercer tal competencia de modo arbitrario o irrazonable; en estas circunstancias es claro que las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho prefiguran y dan sentido a la organización estatal, como un todo, y suponen la irrestricta sujeción de la administración pública a tales cometidos estatales.

Ello encuentra articulación perfecta cuando se advierte que la Administración también está sujeta al cumplimiento de los preceptos constitucionales establecidos en el preámbulo de la Constitución Política y los principios fundamentales del artículo 1°, esto es, que *“Colombia es un Estado social de Derecho, organizado en forma de República (…) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”* y el artículo 2° a cuyo tenor se lee que *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (…) y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”*.

Pero además, existe una cláusula de competencia especial para la Administración que deriva de las funciones que le asignó el constituyente en el artículo 209 constitucional[[49]](#footnote-49), siendo estas: i) Estar al servicio de los intereses generales; ii) Ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, iii) Ejercer estas funciones mediante los instrumentos de la descentralización, la delegación y la desconcentración de ellas. Así, de la lectura de dichos principios es claro que se derivan en el ordenamiento jurídico – en materia de contratación pública – otros tales como el de planeación del negocio, legalidad, economía de mercado, llamados a gobernar la acción de la Administración.

Resulta claro, entonces, que en el orden jurídico colombiano existe una especificidad constitucional a favor de la administración pública, comoquiera que, además de encontrarse sujeta a los principios y valores del preámbulo y los artículos 1º, 2º y 3º, el artículo 209 le asigna un especial rol funcional, como lo es el de estar al servicio de los intereses generales, observando unos particulares principios de acción[[50]](#footnote-50).

Y justamente la contratación estatal es uno de aquellos instrumentos con que cuenta la Administración para el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado[[51]](#footnote-51), razón por la cual durante las etapas de estructuración, proyección o planeación[[52]](#footnote-52) de los contratos del Estado, la precontractual propiamente dicha y, luego de ello, a lo largo de la existencia del contrato estatal se impone a la Administración hacer uso razonable de las herramientas jurídicas de dirección y manejo del contrato conforme a los principios constitucionales y con miras a satisfacer el interés general[[53]](#footnote-53).

Es dentro de este marco jurídico de principios, valores y reglas constitucionales y legales que encuentra sentido afirmar que la facultad, en el ámbito de libertad negocial de las partes, que establece el legislador para pactar la cláusula penal o la tasación de perjuicios en aquellos casos de incumplimiento no puede ser comprendida como escenario habilitante de discrecionalidad cuando se trata de su aplicación en concreto.

Dicho con otras palabras, el principio de proporcionalidad compele a la Administración a justificar de manera razonada las decisiones que adopta, no solo desde una perspectiva lógico formal sino, también, considerando su razonabilidad en cada caso en concreto, lo que se traduce en la exposición de elementos de juicio objetivos y razonados (elementos probatorios, jurídicos, técnicos, etc), incluso en aquellos escenarios de discrecionalidad.

Todo lo anterior se traduce, entonces, en la razonable, proporcional y razonada aplicación de la cláusula penal y la tasación de perjuicios por parte de la entidad pública, que lleva a plantear, necesariamente, el deber jurídico de motivación de la Administración conforme al cual le corresponde justificar, a partir de referentes objetivos y claros los criterios que le sirven de apoyo para tasar la proporción de aplicación de la cláusula penal conforme a la intensidad y valoración del cumplimiento (o incumplimiento) por parte del contratista.

En este sentido, es claro que la discrecionalidad de la Administración debe ser abordada desde la perspectiva de la proporcionalidad, a fin de encausar dicho poder decisorio conforme a los postulados constitucionales que informan la actividad de la Administración Pública. Sobre este punto particular se ha sostenido:

“1.- La discrecionalidad, en cuanto fenómeno con trascendencia jurídica, se concibe como un margen permitido de acción a las autoridades de cualquiera de los poderes públicos, en los eventos en que debiendo adoptar una decisión, el marco de sujeción a su actuación establecido por el ordenamiento jurídico resulta a todas luces indeterminado, correspondiéndole construir la decisión y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la misma, bajo consideraciones objetivas de acatamiento y respeto al orden jurídico y a sus principios estructurantes.

Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de Derecho[[54]](#footnote-54), se debe partir de un concepto de discrecionalidad sustentado en la idea de una simple *“habilitación”* normativa a la autoridad para la concreción del derecho bajo escenarios de indeterminación, sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de *“libertad de selección*”, arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público.

(…)

6.- Se trata, entonces, de una concepción realmente material, sustancial y positiva de la discrecionalidad en cuanto norma habilitante del juez administrativo para adoptar decisiones acordes con los preceptos del Estado social y democrático de derecho[[55]](#footnote-55), en contra de posturas estrictamente formales o negativas, desconocedoras de parámetros de racionalidad y justificación para la decisión discrecional, fundadas por fuera de la racionalidad[[56]](#footnote-56).

7.- El asunto resulta elemental: allí donde el juez administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización[[57]](#footnote-57), luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial[[58]](#footnote-58). Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad.”[[59]](#footnote-59)

Lo anterior guarda plena correspondencia, entonces, con el deber de motivación de las decisiones que adopten las autoridades administrativas, cuestión respecto de la cual la jurisprudencia constitucional ha resaltado que la configuración de esta exigencia se ajusta a la cláusula de Estado de Derecho, el principio del debido proceso administrativo, el principio democrático y el de publicidad[[60]](#footnote-60); así mismo, ha llamado la atención sobre el hecho de que no se trata de cualquier tipo de motivación sino que ésta debe satisfacer rigurosos requerimientos como es el hecho de mostrar una justificación interna y otra externa[[61]](#footnote-61), que hagan ver que la decisión además de ser racional satisface los postulados de la razonabilidad; en términos del Tribunal Constitucional: “deberá basarse en una evaluación que contenga razones y argumentos fundados no sólo en reglas de “racionalidad”, sino también en reglas de carácter valorativo, pues con la racionalidad se busca evitar las conclusiones y posiciones absurdas, y con la “razonabilidad” se pretende evitar conclusiones y posiciones que si bien pueden parecer lógicas, a la luz de los valores constitucionales no son adecuadas.”[[62]](#footnote-62)

En este orden de ideas, la labor de interpretar el ordenamiento jurídico y justificar la toma de decisiones se concibe como un ejercicio complejo consistente en el ofrecimiento de las mejores razones objetivamente comprensibles en apoyo de una determinada postura jurídica.

Lo anterior encuentra pleno sentido cuando se entiende que los jueces y los funcionarios administrativos, quienes tienen poder decisorio, tienen la obligación jurídica y política de erradicar la arbitrariedad en la toma de decisiones[[63]](#footnote-63); razón por la cual ellos y, en general, todos los partícipes de la práctica jurídica tienen la obligación de fundamentar de manera racional, razonable y proporcional las posturas que defienden; más aún cuando, en la mayoría de los casos, es claro que la adopción de una decisión jurídica no se sigue lógicamente a partir de un ejercicio de subsunción de una norma jurídica en un caso concreto[[64]](#footnote-64).

**7. Hechos probados**

Del material probatorio allegado al presente proceso, se destacan:

* Copia simple del contrato No. 2080367 celebrado el 27 de febrero de 2008, entre la unión temporal C&C Órbita Futbol y el Fondo de Proyectos de Desarrollo FONADE, de donde se destacan las siguientes clausulas: (Fls. 102 a 131 tomo 1.)

*“CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO. El objeto del presente contrato consiste en la ejecución por parte del CONTRATISTA de la obra denominada “CONSTRUCCIÓN ESTADIO DE FUTBOL (TRIBUNA OCCIDENTAL) PARA LOS “XVIII JUEGOS DEPORTIVOS NACIONALES”EN EL ARCHIPIELAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA”, de acuerdo con la descripción, especificaciones y demás condiciones establecidas en las reglas de participación y adendas del proceso de selección que precedió la celebración del mismo, los documentos e información técnica suministrada por FONADE y la propuesta presentada por el CONTRATISTA, todo lo cual hace parte integral de este contrato.”*

*CLÁUSULA SEGUNDA: (…)*

*PARÁGRAFO QUINTO: El contratista deberá manifestar expresamente y por escrito al momento de la suscripción de las modificaciones, adiciones, aclaraciones, prorrogas, otrosí, actas y demás documentos que se suscriban en la ejecución del contrato, si tales modificaciones, ajustes o correcciones generan mayor valor; en caso de que el contratista suscriba el documento sin la manifestación anterior se entenderá que cumplirá lo acordado sin que haya lugar a pago adicional alguno.* Subrayado fuera del texto.

*CLÁUSULA TERCERA: ANTICIPO: FONADE desembolsará al contratista, un anticipo, equivalente al treinta por ciento (30%) del valor total del contrato (…) el valor entregado como anticipo será amortizado con cada cuenta correspondiente a las actas de avance de obras en un porcentaje igual al entregado a título de anticipo.*

*(…)*

*CLÁUSULA QUINTA – PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO. El presente contrato deberá ejecutarse en el término de SIETE (7) MESES Y QUINCE (15) DÍAS contados a partir de la suscripción, por el CONTRATISTA; EL INTERVENTOR y FONADE, del acta de inicio, la cual se suscribirá dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al perfeccionamiento del contrato, previo el cumplimiento de los requisitos de inicio de ejecución establecidos en la cláusula vigésima quinta, la acreditación de los permisos expedidos por la oficina de la OCCRE para el personal que iniciará la ejecución del proyecto. No se aceptará como justificación de prórroga la relativa al sitio y condiciones propias de la ejecución del contrato, ni transporte de materiales al sitio de la obra ni condiciones climatológicas, meteorológicas, disponibilidad de equipos, trámites de OCCRE y recurso humano, por cuanto el contratista asume tales riesgos con la presentación de la oferta.”*

*CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA – CLÀUSULA PENAL PECUNIARIA. En caso de incumplimiento definitivo total o parcial de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, FONADE podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por un monto equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, suma que se estipula como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que se le causen, sin perjuicio del derecho a obtener del CONTRATISTA y/o de su garante el pago de la indemnización correspondientes a los demás perjuicios que con dicho incumplimiento se le hayan irrogado. EL CONTRATISTA autoriza a FONADE a descontar y compensar de las sumas que le adeuden, los valores correspondientes a la penal pecuniaria aquí estipulada.”*

* Copia auténtica del Acta No. 1 de Iniciación de contrato de 29 de febrero de 2008, donde se estipuló que la fecha de terminación del mismo sería el 15 de octubre de 2008. (Fol. 213 de la carpeta 1 de pruebas de FONADE)
* Durante el término de ejecución del contrato, se realizaron las siguientes prórrogas, adiciones y suspensiones:
* Prórroga, modificación y adición 1 contrato 2080367 de 15 de septiembre de 2008[[65]](#footnote-65), donde se estipuló prorrogar el plazo de ejecución hasta el 9 de noviembre de 2008 (25 días) y adicionar el valor del contrato en la suma de $ 1.015.778.131.33., ello, en consideración a la comunicación de 15 de octubre de 2008 realizada por el contratista en donde solicitó la prórroga y adición para la ejecución de mayores cantidades de obra y obras adicionales. Así mismo, en el parágrafo tercero de la cláusula segunda de la prórroga, se estipuló: “*El contratista manifiesta expresamente que la presente adición cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para su ejecución.”*
* Prórroga 2 contrato 2080367, de 7 de noviembre de 2008[[66]](#footnote-66), para prorrogar el plazo de ejecución del contrato hasta el 18 de noviembre de 2008, ello, en consideración a la solicitud del contratista e interventoría el 5 de noviembre de 2008, debido al atraso por mayores cantidades de obra e ítems no previstos, fuerte temporada invernal y el no oportuno arribo de barcos de carga a la isla. Adicionalmente, en el parágrafo primero de la cláusula primera el contratista manifestó expresamente “*que el valor del contrato cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para su ejecución”.*
* Prórroga No. 3 de 18 de noviembre de 2008[[67]](#footnote-67), en donde se estipuló prorrogar el plazo de ejecución del contrato hasta el 1 de diciembre de 2008 (13 días), en consideración a la solicitud del contratista de 14 de noviembre de 2008, en donde adujo mayores cantidades de obra e ítems no previstos, fuerte temporada invernal y el no oportuno arribo de barcos de carga a la isla Igualmente, en el parágrafo primero de la cláusula primera el contratista manifestó expresamente “*que el valor del contrato cubre todos los gastos y costos en que debe incurrir para su ejecución”.*
* El 22 de noviembre de 2008, las partes suscribieron el Acta No. 1 de suspensión del contrato No. 2080367[[68]](#footnote-68), y estipularon entre otras cosas lo siguiente: “*Las partes acuerdan que durante el plazo de suspensión de la obra no se causarán valor* (sic) *adicional a los inicialmente pactados, ni ningún otro correspondiente a gastos de administración por permanencia en obra o lucro cesante a cargo de FONADE”.*
* El 29 de diciembre de 2008, las partes suscribieron el “*reinicio 1, adición 2 y prórroga 4 contrato 2080367”[[69]](#footnote-69)*, en donde pactaron reiniciar el contrato, prorrogar su plazo por 30 días calendario y adicionarlo por un valor de $ 484.159.952,00; el contratista manifestó expresamente que el valor del contrato cubría todos los gastos, costos e impuestos en que los que debía incurrir para su ejecución.
* El 5 de febrero de 2009, las partes suscribieron la prórroga No. 5[[70]](#footnote-70), en donde acordaron –por solicitud del contratista de 5 de febrero de la misma anualidad debido a mayores cantidades de obras e ítems no previstos- prorrogar por 15 días el plazo de ejecución del contrato, igual que en las prórrogas anteriores, el contratista manifestó en el parágrafo primero de la cláusula primera que no se le generaban valores adicionales a los inicialmente pactados, toda vez que el valor del contrato cubría todos los gastos, costos e impuestos en que debía incurrir.
* Copia auténtica del acta No.1 de terminación del contrato, de fecha 26 de febrero de 2009 suscrita únicamente por el interventor de la obra, en la que se dejó constancia las actividades, productos y bienes que no fueron ejecutadas por el contratista e impedían el recibo a satisfacción de la obra.[[71]](#footnote-71)
* Copia autentica del *“Acta final de la obra (incumplimiento)*” de 4 de octubre de 2009, suscrita por Jesús Octavio Acosta Sánchez – interventor de la obra.[[72]](#footnote-72)
* Acta de recibo final de la obra de fecha 15 de junio de 2009[[73]](#footnote-73), suscrita por el representante legal de la interventoría, donde constan las actividades ejecutadas por el contratista y cuales fueron incumplidas.
* Copia auténtica del “*acta No. 2 de entrega y recibo final de contrato No. 2080367 y memorando de entendimiento suscrito el 17 de diciembre de 2009”* de fecha 16 de abril de 2010, suscrito por FONADE y Seguros Colpatria S.A.[[74]](#footnote-74), dentro del cual se destaca los siguiente:

“*Con base en el memorando de entendimiento firmado entre FONADE y SEGUROS COLPATRIA S.A. el día 17 de Diciembre de 2009, mediante el cual SEGUROS COLPATRIA S.A. como garante del contrato de obra No. 2080367 firmado entre FONADE y UNIÓN TEMPORAL C&C ÓRBITA FUTBOL, manifiesta que “La ASEGURADORA ejercerá todas las acciones que estén dentro de su Objeto Social para entregar a FONADE las instalaciones eléctricas, incluido el sistema de voz y datos contenido en el contrato 2080367, perteneciente al Estadio de Futbol ubicado en la Isla de San Andrés (…)*

*(…)*

*La interventoría hace constar que el producto objeto del contrato ha sido entregado por el contratista y recibido por la interventoría con las siguientes observaciones (…)”*.

* Copia auténtica del “*Acuerdo de Compromiso”* de fecha 29 de abril de 2009, suscrito entre FONADE, Seguros Colpatria S.A. y C&C Órbita Futbol[[75]](#footnote-75), en el cual se acordó entre otras cosas, lo siguiente:

*“CLÁUSULA PRIMERA: EL CONTRATISTA y LA ASEGURADORA se comprometen a terminar la totalidad de las actividades faltantes y pendientes por reparar a la fecha de terminación del plazo de ejecución del contrato 2080367, de acuerdo con la descripción contenida en el acta de terminación del contrato suscrita el 26 de febrero de 2009 por la interventoría y con la propuesta presentada por el CONTRATISTA y la ASEGURADORA (…)*

*(…)*

*CLÁUSULA SEGUNDA: EL CONTRATISTA manifiesta que la suscripción del presente documento, y en especial el acuerdo contenido en el mismo, no causa erogaciones ni pagos adicionales a los inicialmente pactados por la ejecución de la obra, en consecuencia no presentará ni iniciará en contra de FONADE reclamación y/o acción administrativa o judicial por mayores costos administrativos a partir de la terminación del Contrato y hasta el recibo final de las obras pendientes.”*

* Dictamen pericial rendido por Nicholson Carlson Cordell, presentado el 14 de noviembre de 2012, con el fin de determinar el valor de los perjuicios materiales sufridos por FONADE como consecuencia del incumplimiento de la Unión Temporal Órbita Futbol dentro del contrato No. 2080367, de dicho dictamen se presentó aclaración y complementación.
* Dictamen pericial rendido por Jefferson Peterson Hooker, con el objeto de resolver aspectos técnicos de la obra ejecutada. Ésta prueba fue objetada por error grave por parte de FONADE.
* Dictamen pericial rendido por Vicente Fernández, con el objeto de resolver los siguientes puntos: i. indicar si los planos arquitectónicos, de instalaciones hidrosanitarias, de instalaciones eléctricas y los respectivos detalles fueron entregados en forma completa y suficiente, ii) determinar las mayores o menores cantidades de obras ejecutadas por el contratista y iii) especificar los ítems ejecutados por el contratista que no fueron inicialmente previstos en el contrato, precisando cuales requirieron tiempo adicional para su ejecución.
* Dictamen pericial rendido por Randy Allen Bent, con el objeto de establecer el valor de los sobrecostos administrativos y financieros en que incurrió el contratista por mayor permanencia de la obra.
* Múltiples actas de seguimiento de la obra contratada con sus respectivos anexos.[[76]](#footnote-76)

**8. Análisis del caso concreto**

En su alzada el recurrente fundamenta su disenso en los siguientes aspectos: i) el incumplimiento de FONADE cuando entregó algunos de los estudios meses después de firmada el acta de inicio; igualmente alude que como consecuencia de lo anterior se violó el principio de planeación., ii) en que la fuerte ola invernal y las dificultades para el transporte de materiales afectaron gravemente la ejecución del contrato. Y por último iii) en lo que corresponde a la cláusula penal pecuniaria, pide que de confirmarse su procedencia, ésta sea rebajada en proporción al incumplimiento

Entrando al fondo del asunto, desde ya debe advertirse que no basta con acreditar un incumplimiento de cualquiera de las prestaciones surgidas del contrato para que la parte interesada pueda justificar su incumplimiento (que es lo perseguido por el actor). Conforme lo tiene entendido la jurisprudencia de esta Subsección, se requiere adentrarse en ulteriores disquisiciones dirigidas a demostrar tal trascendencia e impacto del incumplimiento del co-contratante:

*“Puede acontecer sin embargo que en el contrato concurran incumplimientos mutuos, esto es que haya inejecución de las prestaciones tanto de la entidad contratante como del contratista.*

*En este supuesto habrá que distinguir quién ha debido cumplir primero y aún en este evento deberá subdistinguirse si a pesar de tener que cumplir primero una de las partes, la otra con su conducta ha generado la confianza en su co-contratante de que a pesar de ese incumplimiento previo, ella de todas maneras está presta y decidida a cumplir con lo suyo pues hará lo necesario para este efecto.*

*Si esto último ocurre y la parte que generó la confianza finalmente no ejecuta las prestaciones a su cargo, quedará también incursa en incumplimiento, a pesar de que la otra haya debido cumplir primero, porque su comportamiento creó una situación digna de ser protegida a la luz de los postulados de la buena fe.*

*Ahora, esto que se acaba de afirmar cobra más trascendencia si se tiene en cuenta el interés general que envuelve la prestación de los servicios públicos mediante un contrato estatal.*

*En esa especialísima situación en que ambos contratantes han de tenerse como incumplidos, se siguen las consecuencias que señala el artículo 1609 del Código Civil, esto es que ninguno está en mora y por consiguiente ninguno puede pedir los perjuicios ni la cláusula penal que hayan pactado pues, como se sabe, para poder exigir alguna de estas cosas se requiere que el deudor esté en mora tal como se deduce de los artículos 1594 y 1615 del C. C.”[[77]](#footnote-77).*

Dicho lo anterior, se advierte que las sociedades demandantes pretenden que se declare el incumplimiento de FONADE, con fundamento en que ésta incumplió con las obligaciones de entregar los estudios necesarios para la construcción de la obra contratada –arquitectónico, estructural, urbanístico, hidrosanitario y eléctrico- después de firmada el acta de inicio del contrato y en consecuencia se vio afectado el cronograma de ejecución del contrato, violando el principio de planeación que debe regir en todos los contratos.

Así, en cuanto al primero de los cargos formulados, se tiene que este no está llamado a prosperar. Si bien FONADEse retrasó en cuestión de días en la entrega de varios estudios –arquitectónico a los 10 días de firmada el acta de inicio, igualmente el hidrosanitario, y técnico-, resulta que ello no tiene incidencia respecto del incumplimiento de la parte demandante, pues la repercusión negativa de ello en el tiempo de ejecución de la obra fue abordado y superado por las partes del contrato mediante la suscripción de varias prórrogas del contrato y dos adiciones económicas.

Del material probatorio aportado al expediente, se observa, que en el transcurso de la ejecución del contrato -por solicitud de la unión temporal- las partes suscribieron cinco prórrogas, una modificación, dos adiciones, una suspensión y un acta de reinicio del contrato No. 2080367[[78]](#footnote-78), de donde se evidencia claramente que el contratista no dejó salvedades, inconformidades o manifestaciones dirigidas a obtener el reconocimiento y/o pago de los gastos en que incurrió por cuenta de lo que ahora alega, es decir, mayor permanencia en la obra, fuerte ola invernal, dificultad en el transporte de materiales y mucho menos del incumplimiento que endilga a FONADE, al contrario, dejó expresamente señalado en cada una de esas actas, que lo consignado allí no le generaría ningún costo adicional al inicialmente pactado.

En consecuencia, entiende la Sala que el eventual incumplimiento FONADE en la demora de entregar algunos estudios, no repercutió de ninguna manera en el cumplimiento de las obligaciones del contratista pues en aras a restablecer las condiciones económicas y de tiempo de ejecución del contrato las partes suscribieron sendas actas donde convinieron modificar el precio del contrato así como ampliar el periodo de ejecución.

Dicho con otras palabras, si con la solicitud de un plazo y un valor adicional el actor pretendió ajustarse al cumplimiento de las prestaciones a su cargo – las cuales fueron atendidas por la entidad demandada-, mal puede fundar su pretensión indemnizatoria en dichas situaciones, toda vez que estuvo de acuerdo con ellas en cada prórroga, adición, modificación, suspensión y reinicio suscrita con la entidad contratante.

Entonces, la parte demandante mostró su plena conformidad con los reajustes a las condiciones contractuales inicialmente pactadas. Por consiguiente, ofende al principio de buena fe objetiva que el actor pretenda obtener provecho de incumplimientos e inconvenientes –ola invernal, transporte de materiales, nuevos ítems ejecutados, más tiempo en la obra- que en su debida oportunidad fueron abordados y superados por las partes vía reajustes a las condiciones contractuales existentes, de modo tal que si en aquellas ocasiones el demandante no expresó su inconformidad o salvedad a lo convenido o no manifestó que consideraba insuficiente el reajuste propuesto para superar aquellas situaciones, debió expresarlo en dicha oportunidad y no en ulterior ocasión ante el juez del contrato. Como en el *sub judice* no se aprecian tales alegaciones oportunas, la Sala entiende que el planteamiento formulado por el impugnante no tiene vocación de prosperar.

Al respecto es necesario resaltar lo que se dijo al inicio de las consideraciones y específicamente en los puntos 4 y 4.2, es decir, para que proceda el restablecimiento judicial de la ecuación financiera del contrato y cualquier otra reclamación *V.gr*. el incumplimiento, entre otros requisitos, es necesario que el contratista realice las solicitudes, reclamaciones o salvedades dentro de la oportunidad correspondiente, esto es que se efectúen al momento de suscribir las actas, suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., deber éste que se deriva del principio de la buena fe contractual.

Expuestas las consideraciones que anteceden, la Sala negará las pretensiones derivadas del incumplimiento por parte de FONADE, desequilibrio económico y financiero del contrato y violación del principio de planeación que de acuerdo con lo alegado por el demandante tuvo lugar durante la ejecución del objeto contractual.

En claro lo anterior, se pasa a analizar lo pertinente a la cláusula penal pecuniaria impuesta a la parte demandante en la sentencia de primera instancia –en atención a que fue solicitada por FONADE en la demanda de reconvención-, pues en la alzada, el actor solicita que ésta sea rebajada en proporción a su incumplimiento.

En relación con lo anterior, se encuentra que en el contrato No. 2080367, se pactó lo siguiente:

*“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA – CLÀUSULA PENAL PECUNIARIA.* ***En caso de incumplimiento definitivo total o parcial de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA****, FONADE podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria por un monto equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato, suma que se estipula como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que se le causen, sin perjuicio del derecho a obtener del CONTRATISTA y/o de su garante el pago de la indemnización correspondientes a los demás perjuicios que con dicho incumplimiento se le hayan irrogado. EL CONTRATISTA autoriza a FONADE a descontar y compensar de las sumas que le adeuden, los valores correspondientes a la penal pecuniaria aquí estipulada.”* Negrilla fuera del texto

Al respecto se destaca de las pruebas, el Informe No. 14 de noviembre de 2009, presentado por la interventoría[[79]](#footnote-79), de donde se puede evidenciar el incumplimiento durante la ejecución del contrato por parte del contratista, en los siguientes términos:

*“(…)*

*COMENTARIOS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES*

*- Durante el periodo que termina, no se registró actividad en obra por parte del contratista.*

*- Reiteramos que la custodia del escenario la posee la entidad FONADE.*

*- Se reitera que el contratista incumplió el plazo fijado para la terminación de las obras, y que los términos del contrato vencieron el día 6 de febrero de 2009.*

*- Se deja constancia que el acuerdo firmado entre FONADE, seguros COLPATRIA S.A. y la Unión Temporal Órbita Futbol, no se cumplió.*

*- Que de acuerdo a lo anterior, la entidad reinició proceso de negociaciones con Seguros COLPATRIA S.A., con el fin de dar buen término a las actividades contractuales.*

*(…)”*

Por otro lado, el informe No. 15 de enero de 2010, presentado por la interventoría[[80]](#footnote-80), registró lo siguiente:

*“(…)*

*COMENTARIOS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:*

*- Durante el periodo que se termina no se registró actividad en la obra por parte del contratista.*

*- A la fecha de corte del presente informe la custodia del escenario es de SEGUROS COLPATRIA S.A., de acuerdo a lo establecido en el memorando de entendimiento firmado el pasado 17 de Diciembre de 2009.*

*- Se reitera que el contratista incumplió el plazo fijado para la terminación de las obras, y que los términos del contrato vencieron el día 6 de febrero de 2009.*

*- Se deja constancia que el acuerdo firmado entre FONADE, la UNIÓN TEMPORA C&C ORBITA FUTBOL y como garante del contratista SEGUROS COLPATRIA S.A., no fue cumplido por el contratista.*

*- Que de acuerdo a lo anterior, la Entidad reinició proceso de negociaciones con Seguros COLPATRIA S.A., con el fin de dar buen término a las actividades contractuales.*

*(…)*

*- El día 17 de Diciembre se firma el memorando de entendimiento entre FONADE y SEGUROS COLPATRIA S.A., en el cual la aseguradora se compromete a llevar a cabo las actividades pendientes y las reparaciones por calidad con el fin de terminar en su totalidad el objeto del contrato 2080367.”*

Finalmente, obra en el expediente el interrogatorio de parte efectuado al representante legal de la unión temporal, quien reconoció que no se terminaron la totalidad de las obras contratadas para la construcción del estadio de futbol.[[81]](#footnote-81)

De todo lo anteriormente expuesto, considera la Sala acertada la decisión del *A Quo*, cuando impuso en la liquidación judicial del contrato la cláusula penal pecuniaria a cargo del contratista, pues, resulta evidente el incumplimiento, al punto, que ni siquiera fue quien entregó las obras, sino la aseguradora Colpatria S.A.

Así, encuentra la Sala que el actor al solicitar la rebaja de la cláusula penal en proporción al incumplimiento, no fue activo en la carga probatoria que le incumbía, toda vez que no demostró en que porcentaje se encontraba su nivel de cumplimiento o incumplimiento contractual. En ese orden de ideas, y de acuerdo a lo expuesto en el numeral 6 de esta providencia, se confirmará la imposición de la cláusula penal por el Tribunal en su totalidad, toda vez que no se logró desvirtuar que la misma fue desproporcionada.

Por tanto, no puede desconocer en este escenario lo pactado en el contrato suscrito con FONADE, pues, claramente se dejó estipulado que en caso de incumplimiento parcial o total, procedería la imposición de la cláusula penal pecuniaria por un monto del 10% del valor del contrato, circunstancia que de no cumplirse, violaría gravemente el principio de la buena fe objetiva de la cual ya se habló en líneas anteriores.

Así las cosas, tampoco está llamado a prosperar lo solicitado en esos términos por la parte actora en el recurso de apelación.

En consecuencia, la Sala procederá a actualizar la suma reconocida como liquidación judicial del contrato conforme a las fórmulas actuariales utilizadas por esta Corporación.

Ra = Rh x Índice Final

                 Índice inicial

Ra = 641.876.493,00 x 126.14 (diciembre de 2015)

                          120,98 (marzo de 2015)

Ra = $ 669.253.602,00

**8. Costas**

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

**FALLA:**

**PRIMERO. Modificar** la sentencia proferida el trece (13) de marzo de dos mil quince (2015), por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la cual quedará así:

“**PRIMERO: DECLÁRASE** no probada la excepción de ineficacia probatoria de las pruebas documentales aportadas con la demanda.

**SEGUNDO: LIQUÍDESE JUDICIALMENTE** el contrato de obra No. 2080367 de 2008 celebrado entre FONADE y la Unión Temporal C&C ORBITA FUTBOL conformada por las sociedades ORBITA ARQUITECTURA E INGENIERIA LTDA. (Hoy S.A.) Identificada (sic) con el Nit. No. 800.173.768-1 y C&C ARQUITECTURA E INGENIERIA S.A., identificada con el NIT No. 890.324.384-3, así:

|  |  |
| --- | --- |
| **Valor total del contrato** | $6.832.437.510,67 |
| **Valor total ejecutado** | $6.708.979.762,36 |
| **Valor total pagado** | $6.297.820.793,00 |
| **Valor total anticipos pagados** | $2.006.061.080,00 |
| **Valor amortizado del anticipo** | $1.688.621.559,00 |
| **Saldo del anticipo sin amortizar** | $317.439.521,00 |
| **Valores a favor del contratista por Obras ejecutadas y no canceladas (incluido AIU)** | $456.679.535,44 |
| **Valor cláusula penal pecuniaria** | $683.243.751,07 |
| **Compensación de sumas adeudadas** | $544.003.736,63 |
| **Suma final a favor de FONADE** | $544.003.736,63 |
| **Suma indexada a la fecha de la sentencia (enero de 2016)** | **$**669.253.602,00 |

**TERCERO:** **DECLÁRASE** el incumplimiento contractual de las sociedades ORBITA ARQUITECTURA E INGENIERIA LTDA. (Hoy S.A.) identificada con el Nit. No. 800.173.768-1 y C&C ARQUITECTURA E INGENIERIA S.A., identificada con el NIT No. 890.324.384-3, integrantes de la UNIÓN TEMPORAL C&C ORBITA FUTBOL, respecto del contrato de obra No. 2080367 de 2008 suscrito con el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE.

**CUARTO: CONDÉNASE** solidariamente a las sociedades ORBITA ARQUITECTURA E INGENIERIA LTDA. (Hoy S.A.) Identificada con el Nit. No. 800.173.768-1 y C&C ARQUITECTURA E INGENIERIA S.A., identificada con el NIT No. 890.324.384-3, integrantes de la UNIÓN TEMPORAL C&C ORBITA FUTBOL a pagar a favor de FONADE el monto del anticipo que no fue amortizado y el monto de la cláusula penal pecuniaria, valor que luego de ser compensado contra los valores adeudados al contratista, da a favor de FONADE la suma de **QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRES MIL SETECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y TRES CENTAVOS ($544.003.736,63),** que indexada a la fecha de esta sentencia es la suma de **SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS DOS PESOS ($669.253128.602,00).** Todo de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

**SEXTO: NIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda de reconvención.

**SEPTIMO: FIJENSE** los honorarios definitivos del perito CORDELL NICHOLSON en la suma de CINCO MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($5.369.575,oo), dentro de los cuales se incluye la suma fijada como honorarios provisionales, a cargo de FONADE.

**OCTAVO: FIJENSE** los honorarios definitivos del perito VICENTE FERNÁNDEZ, la suma de CINCO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA PESOS ($5.954.570), a cargo de ambas partes.

**NOVENO: FIJENSE** los honorarios definitivos del perito RANDY ALLEN BENT H., en la suma de UN MILLÓN CIENTO SETENTA Y NUEVE MIL PESOS ($1.179.000,oo) a cargo de las sociedades ORBITA ARQUITECTURA E INGENIERIA LTDA. (hoy S.A.) y C&C ARQUITECTURA E INGENIERIA S.A., integrantes de la unión temporal C&C ORBITA FUTBOL.

**DÉCIMO:** Sin condena en costas.

**DÉCIMO PRIMERO:** Ejecutoriada la presente providencia y de no ser impugnada archívese el expediente dejando las anotaciones del caso. Devuélvase al interesado el remanente de los dineros consignados para gastos del proceso, y archívese una copia de esta providencia en los copiadores de este Tribunal.”

**SEGUNDO.** En firme esta providencia, **envíese** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor.

**Cópiese, Notifíquese y Cúmplase**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente de la Sala**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

**Magistrado Magistrada**

**Aclaró voto**

1. Folios 4-52, c1 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 63 y siguientes del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 97 cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 125 a 255 ibídem. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 1 a 52 cuaderno demanda de reconvención. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 82 a 118 contestación de la demanda por parte de la sociedad Órbita Arquitectura e Ingeniería S.A., y folios 129 a 147 contestación de la demanda por C&C Arquitectura e Ingeniería S.A. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 473 a 551 cuaderno principal número 2. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 552 a 587 cuaderno principal número 2. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 795 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 797 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 799 a 872 Ib. [↑](#footnote-ref-11)
12. Fls.874-894 C.P [↑](#footnote-ref-12)
13. Al respecto ver: Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 28 de marzo de 2012, Exp. 22.471; 24 de abril de 2013, Exp. 27.315; 13 de junio de 2013, Exp. 26637 y 26 de febrero de 2014, Exp. 26.551. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-13)
14. J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación estatal.* En *Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma contractual. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 42.* [↑](#footnote-ref-14)
15. Ibídem, p. 43. [↑](#footnote-ref-15)
16. El aparte omitido de este inciso fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-16)
17. En este entendido, no podrán pretender los contratistas, el reconocimiento de derechos económicos puesto que esto sería tanto como aspirar al reconocimiento de una apropiación indebida de los recursos públicos. [↑](#footnote-ref-17)
18. J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. *Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública.* En *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma contractual.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p. 42-43. [↑](#footnote-ref-18)
19. J. O. SANTOFIMIO GAMBOA. Tesis Doctoral. *El contrato de concesión…* Op. cit. [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 14287. *“[…] [l]as entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar. “1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. 2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. 3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.”*  [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 5 de junio de 2008. Rad. 15001233100019880843101- 8031. *“[…] Así pues, además de los principios de transparencia, economía, celeridad y selección objetiva, consustanciales al procedimiento contractual, debe darse cuenta de otro que si bien no cuenta con consagración expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, sin lugar a la menor hesitación forma parte de toda actuación estatal conducente a la selección de un contratista y a la celebración y ejecución del correspondiente vínculo negocial: el de planeación, como herramienta empleada en los estados sociales de derecho con el propósito de procurar la materialización de los fines del Estado o, en otros términos, de alcanzar la satisfacción de los intereses generales y la garantía de la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; planeación asociada a la concepción general de la misma como instrumento de fijación tanto de objetivos y metas, como de los medios o procedimientos para alcanzarlos; como forma de programar la distribución de los gastos estatales en función de los ingresos que se pretende recaudar, de suerte que los mismos se reflejen en el presupuesto general de la Nación y en el de cada entidad estatal. En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado. De hecho, aun cuando, como se indicó, el multicitado principio de planeación carece de consagración normativa expresa en el Derecho positivo colombiano, su contenido y alcances bien pueden delinearse como consecuencia de la hermenéutica armónica de un conjunto de disposiciones de rango tanto constitucional –artículos 2, 209, 339 a 353 de la Carta Política– como legal –artículos 25 (numerales 6, 7 y 11 a 14) y 26 (numeral 3) de la Ley 80 de 1993–, con remarcado acento tras la expresa catalogación de la contratación estatal como mecanismo de promoción del desarrollo por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2.007 […]”* [↑](#footnote-ref-21)
22. Sentencia 22.471 de 28 de marzo de 2012, en cuento al deber de selección objetiva, como expresión del principio de planeación, manifestó *“Recuérdese que el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993, vigente por la época en que se celebraron los contratos que dieron lugar a este debate procesal, consagraba el principio de selección objetiva, que hoy también se prevé en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, al disponer que “la selección de contratistas será objetiva”, que “es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”, que “ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido” y que “el administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.”*

    *Destáquese entonces que dentro de los factores que inciden en la selección objetiva está el del precio, factor este que de todo lo que se ha expresado se deduce que es el del mercado, esto es aquel que tienen los bienes o servicios en un momento y lugar determinado habida cuenta de su cantidad, calidad, especialidad, etc.*

    *Corolario de lo que hasta aquí se ha expresado es que si, por ejemplo, una entidad estatal celebra un contrato en el que resulta que el precio acordado es el doble del que realmente tienen en el mercado las cosas que constituyen su objeto, en ese contrato no se cumplió con el deber de selección objetiva pues indudablemente el ofrecimiento que se hizo en la respectiva oferta no era el más favorable para la entidad.*

    *Y este incumplimiento del deber de selección objetiva también indica que no se cumplió con el deber de planeación pues de haberlo hecho, el negocio se hubiera diseñado de tal manera que la contraprestación por las cosas ofrecidas sería igual a valor que ellas tenían en el mercado en ese momento y en ese lugar”.* [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de octubre de 2015. Exp.: 48.061 [↑](#footnote-ref-23)
24. F. HINESTROSA. Tratado de las obligaciones. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 237 [↑](#footnote-ref-24)
25. Se exceptúa el caso, por ejemplo, en el que el deudor conviene en responder aún en el evento de fuerza mayor o caso fortuito, tal como se desprende de los incisos finales de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil [↑](#footnote-ref-25)
26. Artículos 1604, inc. 2º, y 1616, inc. 2º, ibídem. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección C, sentencia de 22 de octubre de 2015, Exp. 48.061, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-27)
28. Aunque el artículo 1603 sólo expresa que “deberán ejecutarse”, el entendimiento es que el deber de buena fe objetiva comprende todo el iter contractual. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-28)
29. Sobre el desacierto en que incurrió el legislador colombiano al introducir en esta norma la expresión “exenta de culpa” vid.: M. L. NEME VILLARREAL. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. En: Revista de Derecho Privado No. 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; M. L. NEME VILLARREAL. La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio. En: Revista de Derecho Privado No. 18, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-29)
30. Sobre el principio de planeación ésta subsección expresó: “Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22471. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-31)
32. Ibídem. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-32)
33. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 22043. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-33)
34. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-34)
35. Esta postura se encuentra consolidada de vieja data en la Sección Tercera del Consejo de Estado. Al respecto ver: sentencia del 23 de junio de 1992, Exp. 6032; Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, Expediente 18080; Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 22087. y sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente 27648. [↑](#footnote-ref-35)
36. ARTICULO 1618. Prevalencia de la intención. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

    ARTCULO 1619. Limitaciones del contrato a su materia. Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.

    ARTICULO 1620. Preferencia del sentido que produce efectos. El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

    ARTICULO 1621. Interpretación por la naturaleza del contrato. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.

    ARTICULO 1622. Interpretación sistemática, por comparación y por aplicación práctica. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

    Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.

    ARTICULO 1623. Interpretación de la inclusión de casos dentro del contrato Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.

    ARTICULO 1624. Interpretación a favor del deudor. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella. [↑](#footnote-ref-36)
37. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de junio de 2011, Expediente 18836. [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119... (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-38)
39. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433... (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-39)
40. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2011, Expediente 18080. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-41)
42. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de noviembre de 2001, Expediente. 13356... (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-42)
43. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, Expediente 18080. [↑](#footnote-ref-43)
44. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 octubre de 2003, Exp. 17.213 (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-44)
45. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 22087. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente 27648 [↑](#footnote-ref-45)
46. En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó:

    *“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.* [↑](#footnote-ref-46)
47. Dicho principio ha sido definido por la doctrina como:

    *“La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE,* ***es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso”***

    *“Son características de esta regla las siguientes:*

    *“(…).* ***El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado****”* (negrillas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106. [↑](#footnote-ref-47)
48. Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997. [↑](#footnote-ref-48)
49. Constitución Política. Artículo 209.  La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

    Las  autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. [↑](#footnote-ref-49)
50. Se trata de lo que Schmidt-Assman llama como la legitimación institucional y funcional de la Administración “con la que se designa la posición directa que la Constitución le ha otorgado al Ejecutivo, para subrayar su propia autonomía e identidad ante el poder legislativo y judicial.” SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. En: Barnés, Javier, Innovación y reforma en el Derecho Administrativo. 2° edición, Sevilla, Global Law Press, 2012, p. 66. [↑](#footnote-ref-50)
51. “Bajo esta perspectiva, a la par de los procedimientos y actuaciones administrativas que sustentan el acto administrativo unilateral – el cual, dicho sea de paso, se ha constituido en el instrumento ordinario dentro del Estado de derecho para el cumplimiento de sus propósitos –, se hace imprescindible que todos los servidores públicos entiendan que existe, igualmente, la figura del contrato como mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado.”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca. En: Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos. VI Congreso de Derecho Administrativo. Margarita, 2014, Editorial Jurídica Venezolana y Centro de Adiestramiento Jurídico, p. 301-302. [↑](#footnote-ref-51)
52. Particularmente sobre la planeación esta Sala ha apuntado, entre otras, las siguientes consideraciones:

    “La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales.”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 1° de febrero de 2012, exp. 22464. [↑](#footnote-ref-52)
53. “Así las cosas, un concepto operativo de contrato estatal, realmente material, debe necesariamente tener como punto de partida la interrelación de los contextos doctrinales y jurídicos que la normatividad contractual del Estado artículo (…) es decir, que cualquier aproximación al diseño de unas bases consistentes de la idea central del negocio público implica reconocer (…) la caracterización privatista de la institución pero dispuesta de manera directa al cumplimiento de los propósitos y finalidades del interés público y general en los términos del artículo 2 constitucional”. SANTOFIMIO GAMBOA, l concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca. Op. Cit, p. 339. [↑](#footnote-ref-53)
54. MELKEVIK, Bjarne. Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006, p.141: En el otro extremo, y que cabe comprender también dentro del discurso de la modulación de la discrecionalidad se encuentra la tesis de Habermas acerca del estado de derecho democrático: “El Estado de derecho democrático no es simplemente un Estado de dominación, de amenaza, como lo había preconizado MAX WEBER. HABERMAS llega incontestablemente a una conclusión opuesta. En efecto, WEBER concibe el derecho como una dominación y sostiene así una concepción positivista del derecho ajena a toda cuestión de legitimidad. Por el contrario, HABERMAS, como lo habíamos mencionado, fusiona las nociones de legitimidad y de legalidad, lo cual es símbolo del paradigma democrático de la autolegislación que se efectúa por intermedio del proceso democrático que debe situarse dentro del corazón mismo del Estado moderno. Se desprende de lo anterior que el Estado no puede ser legítimo o legal sino en la medida en que respete al proceso democrático. Dicho de otra manera, el Estado democrático no puede ser sino el destinatario de la legitimidad y de la legalidad que le otorga el mencionado proceso. El respeto a los derechos, a las normas y a las instituciones seleccionadas, así como la institucionalización de la seguridad y de la estabilidad jurídicas reposan, en consecuencia, exclusivamente sobre los procesos democráticos. Esta es la razón por la cual el Estado de derecho democrático no puede en adelante estructurarse a partir del poder y de la dominación. No tiene otra fuente de legitimidad y de legalidad que aquella que le otorgan esos procesos democráticos”. [↑](#footnote-ref-54)
55. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid, 2004, pp.79 a 86. [↑](#footnote-ref-55)
56. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2a ed. 1a reimp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, pp.208 y 209. [↑](#footnote-ref-56)
57. ALEXY, Robert, “Deber ideal”, en BEADE, Gustavo A.; CLÉRICO, Laura (eds). Desafíos a la ponderación. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011, p.14. [↑](#footnote-ref-57)
58. STONE SWEET, Alec; MATTHEWS, Jud. Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013, pp.174 a 177 (Colección Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No.64). [↑](#footnote-ref-58)
59. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El principio de proporcionalidad: Instrumento para la reconducción objetiva de la actividad judicial en escenarios de discrecionalidad. (próximo a ser publicado). El presente trabajo constituye un desarrollo de la línea de investigación en materia de aplicación del principio de proporcionalidad que se inició con los estudios que sobre la materia incorporé en mi tesis doctoral titulada “El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos”, dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo D. Luciano Parejo Alfonso, presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España) el 25 de febrero de 2010, la cual obtuvo la máxima calificación sobresaliente cum laude otorgada por el Tribunal respectivo. El artículo aborda de manera resumida el modelo metodológico que hemos adoptado para resolver los conflictos a que tiene que enfrentarse cualquier autoridad (administrativa, judicial o legislativa), en los casos en los que deba adoptar decisiones en escenarios de discrecionalidad. Este planteamiento teórico que utilicé para resolver los problemas jurídicos de mi tesis doctoral, lo he venido empleando en diferentes trabajos e investigaciones académicas publicados en los últimos tres años y relacionados en la siguiente forma: El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España), 25 de febrero de 2010, dirigida por el Catedrático Luciano Parejo Alfonso, pp. 20,22, 29, 58, 67, 74, 78, 81, 240, 366, 369, 416 a 452, 454 a 476, 483, 490 a 498, 503 a 509, 515, 516, 519, 569, 591, 595 a 599, 606, 610, 612 y 615; Procedimientos administrativos y tecnología. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp.270; “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.178, 180, 185, 187, 191, 207, 226, 256, 257, 261, 271, 279, 280 a 292, 324 y 330; “Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011. El Estatuto del Consumidor y sus relaciones con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo”, en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (Dir). Perspectivas del derecho del consumo. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013; “Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora. El principio de proporcionalidad y su vincularidad a esta actividad administrativa”, Ponencia presentada en el XII Foro de Derecho Administrativo Latinoamericano, Arequipa (Perú) celebrado entre el 28 de octubre y el 1 de noviembre de 2013 (próximo a publicarse en Lima, Perú, y como libro en Bogotá por el Departamento de Derecho Minero y Energético de la Universidad Externado de Colombia en 2014); “El Contrato de Concesión de Servicios Públicos: Reglas para su debida estructuración”, en MATILLA CORREA, Andry; CAVALCANTI, Bruno (Coords). Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis, Madrid, 2013, pp.63 a 150 (próximo a publica en México como libro). [↑](#footnote-ref-59)
60. Corte Constitucional, Sentencia SU-917 de 2010. Reiterado en T-204 de 2012, entre otras. En esta última se indicó: “Derivado de lo anterior, la motivación de los actos administrativos proviene del cumplimiento de preceptos constitucionales que garantizan que los particulares tengan la posibilidad de contradecir las decisiones de los entes públicos ante las vías gubernativa y judicial, evitando de esta forma la configuración de actos de abuso de poder. De esta forma, le corresponde a la administración motivar sus actos y a los entes judiciales decidir si tal argumentación se ajusta o no al ordenamiento jurídico.” [↑](#footnote-ref-60)
61. Corte Constitucional, Sentencia T-472 de 2011. [↑](#footnote-ref-61)
62. Corte Constitucional, sentencia C-472 de 2011. [↑](#footnote-ref-62)
63. “En resumen, en una sociedad moderna la certeza jurídica cubre dos elementos diferentes (a) en el razonamiento jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de Derecho) y (b) la decisión misma, el resultado final, debe ser apropiado. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no solo con el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral). (…) El proceso de razonamiento debe ser racional y sus resultados deben satisfacer las demandas de justicia. Además, si una decisión no es aceptable tampoco puede ser legítima – en el sentido amplio de la palabra.”. AARNIO, Aulis. P. 26. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. En: Revista Doxa, No. 8 (1990), p. 23-38, especialmente 26. [↑](#footnote-ref-63)
64. Son acertadas las palabras de Larenz quien afirmó que “ya nadie puede… afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente”. ALEXY, Robert. Op. Cit, p. 23. De esta postura es partícipe Nino quien afirmó que “la tarea de precisar los textos vagos o ambiguos, eliminar las lagunas y las contradicciones, determinar los precedentes relevantes, etc., por lo común no está guiada por reglas precisas de segundo nivel y, cuando lo está, (…) no es infrecuente que se tropiece con reglas competitivas que aportan soluciones divergentes.”. NINO, Carlos Santiago. Op. Cit, p. 293. [↑](#footnote-ref-64)
65. Folios 149 a 156 del tomo I de pruebas de la parte actora. [↑](#footnote-ref-65)
66. Folios 161 a 162 Ibídem. [↑](#footnote-ref-66)
67. Folios 163 a 164 Ibídem [↑](#footnote-ref-67)
68. Folio 207 Ibídem. [↑](#footnote-ref-68)
69. Folios 169 a 193 Ibídem. [↑](#footnote-ref-69)
70. Folios 200 a 201 Ibídem. [↑](#footnote-ref-70)
71. Folios 223 a 229 de la carpeta No. 1 de pruebas de FONADE. [↑](#footnote-ref-71)
72. Folios 230 a ibídem. [↑](#footnote-ref-72)
73. Folios 231 a 264 Ibídem. [↑](#footnote-ref-73)
74. Folios 214 a 215 ibídem. [↑](#footnote-ref-74)
75. Folios 358 a 359 ibídem. [↑](#footnote-ref-75)
76. A-Z 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 [↑](#footnote-ref-76)
77. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de febrero de 2011, expediente 16105, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-77)
78. Ver hechos probados [↑](#footnote-ref-78)
79. Folios 4.663 a 4.709 AZ No. 11 [↑](#footnote-ref-79)
80. Folios 4.711 a 4.750 AZ No. 11 [↑](#footnote-ref-80)
81. Folio 191 cuaderno despacho comisorio. [↑](#footnote-ref-81)