

ARTÍCULO 1603 DEL CÓDIGO CIVIL – Definición – Buena fe

Los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no solo a lo expresamente pactado sino, también a todas las cosas que se desprenden de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella, de allí que si existen documentos contractuales dirigidos o encaminados a modificar aspectos del negocio jurídico es preciso que las partes en virtud de los postulados de lealtad y de información indiquen las salvedades o futuras reclamaciones que se derivan de la respectiva acta, otrosí o contrato modificatorio.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 25000-23-36-000-2018-01214-01 (65.646)
Demandante: INCITECO SAS
Demandado: CAJA DE VIVIENDA POPULAR
Medio de control: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA

Síntesis del caso: la Caja de Vivienda Popular celebró con la sociedad demandante un contrato de obra pública para la construcción, reparación y mantenimiento de obras de intervención física a escala barrial, en algunas localidades de Bogotá DC; la parte actora aduce que el contrato fue incumplido por la entidad contratante y, además, que se produjo un desequilibrio de la ecuación económica y financiera. El tribunal de primera instancia negó las súplicas de la demanda, por considerar que la sociedad contratista no dejó las respectivas salvedades en los contratos modificatorios, por lo que las mismas resultaban extemporáneas; no obstante, en gracia de discusión, analizó una a una las inconformidades contenidas en la liquidación bilateral para concluir que la parte actora no demostró el incumplimiento ni el desequilibrio alegados. Inconforme con la decisión de primera instancia, la sociedad demandante apela para que se revoque.

Temas: medio de control de controversias contractuales – salvedades y glosas – oportunidad – buena fe objetiva – necesidad de consignarlas en los otrosí o contratos modificatorios – extemporaneidad de las salvedades y de las glosas – no acreditación de incumplimiento ni de desequilibrio contractual.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia de 17 de octubre de 2019 proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 91 a 106 cdno. ppal.) en la cual se resolvió lo siguiente:

“FALLA:

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente sentencia.

SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS EN ESTA INSTANCIA a la demandante, por lo cual deberán pagar a favor de la parte demandada por concepto de agencias en derecho el equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO. *Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación, en los términos dispuestos en el artículo 243 y 247 del CPACA.”(fl. 106 cdno. ppal. – mayúsculas y negrillas del original).*

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito de 19 de diciembre de 2018 (fls. 3 a 15 cdno. 1), la sociedad Inciteco SAS, a través de apoderado judicial (fl. 2 cdno. 1), presentó demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales para que se acceda a las siguientes pretensiones:

Primera. Que se declare que la CAJA DE VIVIENDA POPULAR incumplió el contrato de obra no. 611 de 2015 suscrito con Inciteco SAS.

Segunda. Que se declare que la CAJA DE VIVIENDA POPULAR debe pagar a favor de Inciteco SAS la administración dejada de percibir en razón a la inejecución de la totalidad del valor del contrato, por motivos imputables a la administración.

Tercera. Declarar que la CAJA DE VIVIENDA POPULAR debe pagar a Inciteco SAS las utilidades dejadas de percibir en razón a la inejecución de la totalidad del valor del contrato, por motivos imputables a la administración.

Cuarta. Declarar que la CAJA DE VIVIENDA POPULAR debe pagar a Inciteco SAS la administración correspondiente a la modificación no. 611-2-2015 que prorrogó el contrato por un mes.

Quinta. Declarar el rompimiento del equilibrio económico del contrato de obra no. 611 de 2015 suscrito entre la CAJA DE VIVIENDA POPULAR e Inciteco SAS.

Sexta. Ordenar a la CAJA DE VIVIENDA POPULAR restablecer la ecuación contractual indemnizando al contratista, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

Séptima. Condenar a la CAJA DE VIVIENDA POPULAR a pagar a favor de Inciteco SAS las siguientes sumas:

- a. Que se reconozca y condene a pagar la suma de \$425'337.930,25 correspondientes al saldo del valor de la administración (A), teniendo en cuenta que en la oferta económica presentada por Inciteco SAS este valor corresponde al 0,2901% sobre el valor del contrato de obra no. 611 de 2015.
- b. Que se reconozca y condene a pagar la suma de \$58'647.075,78 correspondientes al saldo de la utilidad (U), teniendo en cuenta que en la oferta económica presentada por Inciteco SAS este valor corresponde al 5% sobre el valor total del contrato de obra no. 611 de 2015.
- c. Que se reconozca y condene a pagar la suma de \$111'462.068,35 correspondiente a la administración (A), originada en la modificación no. 611-2-2015 que prorrogó el contrato por un mes.
- d. Que se reconozca y condene a pagar la suma de \$67'500.000 por concepto de sobre acarreo de materiales.

- e. Que se reconozca y condene a pagar la suma de \$11´426.000 por concepto de rediseños.
- f. Que se reconozca y condene a pagar la suma de \$125´453.985 por el desequilibrio económico originado en la no ejecución de los muros T4.
- g. Que se reconozca y condene a pagar el valor, por concepto de intereses debido al pago tardío de las actas 4 y 5.

Octava. Que se capitalicen en su valor constante todas las sumas de dinero que sean reconocidas como perjuicios derivados no solo del daño emergente sino del lucro cesante, en razón de la demora en la liquidación del contrato, para lo cual cada una de ellas se tendrá por su valor al momento de la causación de cada perjuicio debidamente indexado de conformidad con la evolución del índice de precios al consumidor (IPC) en su consolidado nacional o regional, el mayor valor de los dos. Se tendrá como índice inicial el del mes correspondiente a la fecha de causación del perjuicio y como índice final el del momento de ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso.

Novena. Que se declare que todas las sumas reconocidas causarán intereses moratorios desde el momento de su reconocimiento hasta el momento de su pago total. Para efectos de lo anterior se imputará cualquier pago en la forma prevista en el Código Civil.

Décima. Condenar a la CAJA DE VIVIENDA POPULAR a las costas y agencias en derecho” (fls. 6 y 7 cdno. 1 – negrillas y mayúsculas sostenidas del original).

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante expuso, en síntesis, lo siguiente:

1) La Caja de Vivienda Popular convocó la licitación pública no. CVP-LP-2015 para la contratación, por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste, de la construcción, reparación y mantenimiento de las pobras de intervención físicas a escala barrial, ubicadas en Bogotá, divididas en tres grupos: (i) primero, con 16 segmentos viales para construcción y 24 para reparación o mantenimiento en las localidades de Usme - Suba, (ii) segundo, con 19 segmentos viales para construcción y 38 para mantenimiento en las localidades de Bosa – Kennedy – Ciudad Bolívar – San Cristóbal y Santa Fe y, (iii) el tercero, con 18 segmentos viales para construcción y 6 para mantenimiento y reparación en las localidades de Usaqué y Rafael Uribe Uribe.

2) La Caja de Vivienda Popular mediante Resolución no. 3880 del 21 de diciembre de 2015 adjudicó el tercer grupo de la licitación pública no. CVP-LP-201a a la firma Inciteco SAS por un valor de \$2.654´282.034,53.

3) El 29 de diciembre de 2015, las partes suscribieron el contrato de obra pública no. 611 cuyo objeto consistió en: *“(...) contratar por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste la construcción, reparación y mantenimiento de las obras de intervención física a escala barrial, ubicadas en Bogotá DC, de conformidad con las especificaciones establecidas en el pliego de condiciones grupo 3”* (fl. 5 cdno. 1); el plazo de ejecución inicialmente convenido fue de 7 meses contados a partir de la firma del acta de inicio, lo cual sucedió el 8 de febrero de 2016.

4) El 27 de enero de 2016 se celebró la modificación no. 611-1-2015 para adicionar el valor del contrato en la suma de \$35´244.987; posteriormente, el 6 de septiembre del mismo año, se suscribió la segunda modificación, la número 611-2-2015, por la cual se adicionó el plazo de ejecución del negocio jurídico en un (1) mes calendario.

5) El 7 de octubre de 2016, se dio por terminado el contrato y el día 15 de esos mismos mes y año las partes suscribieron el acta de liquidación bilateral en la cual se consignó que, del valor total del negocio jurídico de \$2.689´527.021,53, se ejecutó la suma de \$1.651´644.940; en la cláusula cuarta de ese documento se pactó: *“Que el objeto contratado fue realizado por el contratista y recibido por la Caja de Vivienda Popular a entera satisfacción, de lo cual da fe el interventor”* (fl. 5 cdno. 1).

6) La sociedad consignó las siguientes salvedades en el acta de liquidación bilateral del contrato: *“El contratista se reserva el derecho a acudir a la jurisdicción para obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios y desequilibrio económico que se le causaron durante la ejecución del contrato, entre otros, los que se derivaron de las siguientes situaciones: a) desequilibrio económico por el no pago de costos administrativos y la utilidad correspondiente a la diferencia entre el valor contratado y el valor realmente ejecutado; b) desequilibrio económico causado por el sobre acarreo de la obra; c) desequilibrio económico derivado de los defectos de diseño y la diferencia de cantidades de obra ejecutadas y su impacto en la ecuación económica del contrato, así como el valor de los rediseños y de las nuevas cantidades de obra causadas y obras no previstas derivadas de las demoras en la ejecución y rediseños; d) por los perjuicios, incluidos los financieros, derivados de las demoras en los pagos de las actas parciales y la final y, e) por los perjuicios causados por concepto de ‘stand by’ y mayor permanencia en obra puesto que*

cunado Inciteco SAS presentó la propuesta la meta era realizar la obra en 5 meses (...)" (fls. 5 y 6 cdno. 1).

Como fundamento normativo y jurídico de la demanda se invocaron los artículos 5, 25 y 50 de la Ley 80 de 1993, se afirmó que debido a las falencias y la falta de diligencia de la administración en la realización de los estudios previos, el contratista tuvo que realizar nuevos diagnósticos y diseños, así como también modificar las cantidades de obra.

2. El trámite de primera instancia

1) La demanda se admitió por auto de 21 de enero de 2019 (fls. 18 a 20 cdno. 1) y se ordenó su notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público.

2) La Caja de Vivienda Popular se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 37 a 49 cdno. 1), para lo cual formuló las excepciones de (i) *"falta de claridad, concreción y especificidad de las salvedades"*; (ii) *cumplimiento de las obligaciones a cargo de la CVP*; (iii) *"cobro de lo no debido"* y, (iv) *"inexistencia del desequilibrio económico del contrato"*, afirmó que una de las obligaciones pactadas en el contrato y establecidas en los pliegos de condiciones era la revisión de los estudios y diseños correspondientes a cada una de las obras de intervención barrial, por consiguiente, los ajustes que hizo el contratista en modo alguno pueden ser entendidos como rediseños o como mayores cantidades de obra. En relación con el pago de la utilidad esperada del contrato, precisó que el negocio jurídico fue celebrado en la modalidad de precios unitarios, lo cual significa que *"el valor, así como las cantidades de obra son estimadas y no determinadas"* (fl. 42 cdno. 1); finalmente, en relación con la segunda modificación contractual, la parte demandada manifestó que el contratista no solicitó una adición del valor del contrato ni formuló observación sobre los costos administrativos adicionales de la prórroga concedida.

3. Trámite de primera instancia y alegatos de conclusión

1) El 13 de agosto de 2019 se adelantó la audiencia inicial (fls. 61 a 66 cdno. 1), en esta ocasión el tribunal de primera instancia advirtió que no se habían propuesto excepciones previas de conformidad con el artículo 100 del CGP, fijó el litigio, agotó la etapa de saneamiento del proceso, decretó las pruebas solicitadas por las partes circunscritas a las documentales aportadas por las partes y, finalmente, por

considerar innecesaria la audiencia de pruebas, corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto de primera instancia.

2) La parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda (fls. 74 a 81 cdno. 1), agregó que la Contraloría de Bogotá advirtió hallazgos relacionados con la *“falta de planeación y la deficiencia en los estudios previos que dieron origen al contrato no. 611 de 2015”*.

3) La entidad demandada insistió en que el contratista debía, en la primera etapa de ejecución, revisar los estudios y diseños para verificar si requerían actualización, complementación o ajuste, por lo que no era cierto que la sociedad contratista hubiese elaborado los diseños o que se hubieran presentado demoras en la aprobación de los estudios; por otra parte, alegó igualmente que: *“el supuesto desequilibrio se presentó con posterioridad a la suscripción de la prórroga del contrato, lo cual haría improcedente en este punto la reclamación, pues, ese era el momento en el que se podía conjurar el desequilibrio, y de no ser reconocido por la entidad, ese era el momento para dejar salvedades para futuras reclamaciones”* (fls. 83 a 89 cdno. 1).

4) El Ministerio Público solicitó negar las súplicas de la demanda por dos razones fundamentales: la primera, porque algunas de las inconformidades fueron expuestas o advertidas de forma extemporánea, en tanto que no se realizaron al momento de suscribir las modificaciones contractuales y, la segunda, las restantes reclamaciones no son concretas, ni claras, ni precisas, lo que atenta con el principio de buena fe objetiva (fls. 68 a 73 cdno. 1).

4. La sentencia de primera instancia

La Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia de 17 de octubre de 2019 negó las pretensiones de la demanda (fls. 91 a cdno. ppal.) con los siguientes fundamentos:

1) En relación con el supuesto desequilibrio económico y financiero del contrato de obra, Inciteco SAS estaba en la obligación de informar inmediatamente de tales circunstancias a la entidad contratante en atención al principio de buena fe objetiva.

2) En gracia de discusión, de aceptarse que las reclamaciones y las salvedades se hicieron de manera oportuna, en todo caso habría que negar las pretensiones de la demanda debido a que las prórrogas del contrato fueron solicitadas por el contratista.

3) Frente a la mayor permanencia en obra, el contratista tenía la obligación de revisar durante la etapa previa a la obra los estudios y diseños; sin embargo, no se demostró que la sociedad Inciteco SAS efectuara algún ajuste o actualización a los diseños, así como tampoco existe claridad respecto de los costos de acarreos, pues, era responsabilidad de la sociedad contratista estudiar las condiciones técnicas, sociales, geográficas y físicas de los sectores a intervenir.

4) El contratista no presentó a tiempo los cortes de obra y no atendió las observaciones de la firma interventora, de allí que si las actas parciales de obra y las cuentas de cobro no reflejaban el avance del negocio jurídico no podía sustentarse un pago parcial.

5) En lo que tiene que ver con el no pago total de la utilidad y los costos administrativos por la diferencia entre lo contratado y lo realmente ejecutado del contrato, no puede perderse de vista que el negocio jurídico sobre el cual versa este litigio fue pactado bajo el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste, lo cual significa que no se debe pagar al contratista, necesariamente, el valor total del contrato sino lo realmente ejecutado, suma que en este caso correspondió a \$1.651'644.940, valor que incluía los gastos de administración y la utilidad.

5. El recurso de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia la sociedad demandante interpuso recurso de apelación (fls. 110 a 118 cdno. ppal.), que fue concedido en auto del 16 de enero de 2020 (fl. 120 cdno. ppal.) y admitido por esta Corporación mediante proveído del 20 de agosto del mismo año (fl. 127 cdno. 1).

Los fundamentos del recurso de apelación son, en síntesis, los siguientes:

a) En el acta de liquidación bilateral del contrato de obra no. 611 de 2015 el contratista consignó las salvedades y las inconformidades sin que pueda afirmarse que no fueron expresadas de manera clara, concisa y específica.

b) En relación con la salvedad referente al no pago de los costos administrativos y el valor total de la utilidad esperada, es importante señalar que cuando se liquida un negocio jurídico por debajo del precio inicialmente pactado se vulnera la legítima expectativa y el beneficio legal que espera el contratista obtener en la ejecución y el desarrollo del contrato, de modo que en este caso concreto se produjo un desequilibrio económico de lo convenido, pues, el contrato de obra tenía un valor de \$2.689´527.021,53 pero, finalmente, se liquidó por un valor de \$1.651´644.940.

c) En el fallo de primera instancia se pasó por el alto que el contratista advirtió defectos en los diseños, motivo por el cual se tuvo que adicionar el negocio jurídico a través del modificadorio no. 611-1-2015 que lo adicionó en un valor de \$35´244.987 lo cual, a su vez, generó un atraso en la ejecución de las obras.

d) La sentencia de primera instancia contiene un yerro al sostener que las *“prórrogas fueron solicitadas por el contratista y muchas veces obedecían a causas a él imputables”*, en tanto que, si bien Inciteco SAS pidió las prórrogas, ello obedeció a la falta de planeación que generó demoras en la ejecución del contrato, lo cual quedó demostrado a través del informe final de auditoría y el documento INC-611-500-2016 del 22 de agosto de 2016.

6. El trámite de segunda instancia

Mediante auto del 4 de agosto de 2021 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto (SAMAI índice 32).

La parte actora (SAMAI índice 29 y 38) pidió que se tenga en cuenta el criterio contenido en la sentencia del 5 de mayo de 2020, expediente no. 42.962, en la cual se afirmó que no existe la obligación de incorporar salvedades en los documentos modificadorios del contrato y que la ausencia de aquellas no permite interpretar la renuncia a la reclamación de perjuicios derivados de una mayor permanencia en obra.

La entidad demandada, por su parte, adujo que resulta improcedente que el demandante reclame sumas de dinero cuando el valor recibido corresponde, precisamente, al monto ejecutado del contrato y, por lo tanto, mal haría la entidad en reconocer gastos administrativos y las utilidades de productos que no fueron ejecutados; además, insistió en la extemporaneidad de las salvedades incorporadas en el acta de liquidación bilateral (SAMAI índice 39).

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) el caso concreto, 3) conclusión y, 4) condena en costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

La controversia planteada radica en determinar si las salvedades incorporadas por el contratista en el acta de liquidación bilateral del contrato de obra no. 611 de 2015 son extemporáneas tal y como lo concluyeron el *a quo* y la entidad demandada o, por el contrario, si aquellas se consignaron de manera oportuna en el mencionado documento; si se llega a establecer que las salvedades se presentaron de manera oportuna, la Sala estudiará de fondo cada una de ellas para determinar si son o no procedentes y, por lo tanto, si es viable ordenar su reconocimiento y su pago a cargo de la entidad demandada.

La Sala confirmará la sentencia apelada, porque el contratista está obligado y conminado, en virtud del principio de buena fe objetiva, a dejar consignadas las salvedades en los documentos contractuales (suspensiones, otrosí, adicionales, entre otros) que modifiquen el negocio jurídico inicial y, en todo caso, la sociedad demandante no acreditó ni demostró el incumplimiento y el desequilibrio alegados en la demanda.

2. El caso concreto

1) En relación con la obligación a cargo del contratista de incorporar salvedades o glosas en los documentos contractuales, la Sala ha precisado lo siguiente: *“Con ocasión del principio de buena fe y del respeto de las consecuencias de los términos de cualquier negocio jurídico celebrado, en caso de que las salvedades se incluyan en una comunicación aparte del acuerdo, en este documento, el contratista deberá manifestar, de forma expresa y clara, que no comparte alguna de las cláusulas incluidas en el negocio jurídico. Ello, para efectos de que este pueda hacer una eventual reclamación derivada de una prórroga, suspensión o modificación del contrato”*¹.

El artículo 1603 del Código Civil prevé que los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no solo a lo expresamente pactado sino, también a todas las cosas que se desprenden de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella, de allí que si existen documentos contractuales dirigidos o encaminados a modificar aspectos del negocio jurídico es preciso que las partes en virtud de los postulados de lealtad y de información indiquen las salvedades o futuras reclamaciones que se derivan de la respectiva acta, otrosí o contrato modificadorio.

No se trata de la introducción de un requisito de procedibilidad para demandar, pues, será determinante verificar el objeto del documento modificadorio para establecer, con precisión, si el contratista estaba o no compelido, en virtud de la buena fe objetiva, a dejar la salvedad o la glosa; además, no se trata de obligar a un cálculo anticipado y exacto de los sobrecostos que generará la suspensión, la ampliación de plazo o la ejecución adicional, todo lo contrario, se trata, precisamente, de materializar el principio de buena fe en las relaciones contractuales estatales puesto que, en múltiples ocasiones, los contratos modificadorios o actas contractuales se suscriben petición de parte del contratista, de allí que pugna con ese principio que este reclame sobrecostos sin haber dejado

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de junio de 2022, exp. 67.233, MP Alberto Montaña Plata; se debe precisar que el magistrado Martín Bermúdez Muñoz no comparte ese criterio jurisprudencial, por lo que en esa oportunidad aclaró el voto. La posición de la necesidad de incorporar las reclamaciones o salvedades ha sido acogida de manera mayoritaria por esta Subsección; al respecto se puede consultar: sentencia del 18 de noviembre de 2021, exp. 48.815, sentencia de 4 de mayo de 2022, exp. 63.690, entre otras.

consignada la correspondiente reclamación en el respectivo documento contractual².

2) En este asunto objeto de examen, el 29 de diciembre de 2015 las partes celebraron el contrato de obra pública no. 611 cuyo objeto consistió en “*contratar por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste la construcción, reparación y mantenimiento de las obras de intervención física a escala barrial, ubicadas en Bogotá DC*”, por su parte, el valor del negocio jurídico ascendió a la suma de \$2.654´282.034,53 (fl. 79 cdno. pruebas).

El régimen del contrato estatal de obra pública no. 611 de 2015 es el contenido en la Ley 80 de 1993.

3) Posteriormente, el 27 de enero de 2016 las partes suscribieron el contrato modificatorio no. 611-1-2015 para adicionar el valor inicial del contrato en la suma de \$35´244.987, para un total de \$2.689´527.021,53 (fl. 82 cdno. pruebas). En el documento de adición se consignó, expresamente, que se adicionaba para garantizar el equilibrio económico del contrato, a solicitud de Inciteco SAS.

En ese orden de ideas, contraría la buena fe objetiva que a petición del contratista se adicione el valor del contrato de obra, pero que este no deje las correspondientes salvedades o reclamaciones en relación con el monto reajustado y espere hasta la

² “De antaño la Corte Suprema de Justicia ha considerado plausible la posibilidad de que los jueces acudan a la jurisprudencia para interpretar las disposiciones jurídicas y darles un alcance normativo actualizado, haciendo uso de los criterios auxiliares de la actividad judicial, con observancia de la pauta prevista en el citado artículo 230 constitucional, tal como se compendia a continuación: «si bien es cierto que los jueces se encuentran sometidos al imperio de la ley para ejercer su labor jurisdiccional, no lo es menos que el artículo 230 de la Carta Política, citado por la recurrente, indica en su segundo inciso que ‘La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial’. De allí resulta, pues, que **los jueces sí puedan hacer uso de la jurisprudencia para efectos de realizar interpretaciones judiciales sobre determinados tópicos, muchos de ellos relacionados con vacíos legales o con la simple hermenéutica normativa**. Lo contrario, rectamente entendido, conduciría al desconocimiento de la propia norma constitucional, y lo más importante, al rol fundamental asignado en un Estado de derecho al Juez, en general, y a la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, cuya misión primordial estriba en la unificación de la jurisprudencia, con todo lo que ella envuelve. // Es que no puede olvidarse que la jurisprudencia, ab antique, ‘tiene una misión que rebasa los marcos de la gramática y de la indagación histórica: el de lograr que el derecho viva, se remoce y se ponga a tono con la mentalidad y las urgencias del presente, por encima de la inmovilidad de los textos, que no han de tomarse para obstaculizar el progreso, sino ponerse a su servicio, permitiendo así una evolución jurídica sosegada y firme, a todas luces provechosa’ (CXXIV, 160)» (CSJ SC, 31 ene. 2005, rad. 7872)” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agracia, sentencia del 6 de diciembre de 2021, exp. 2019-00279 (SC5040-2021), MP Luis Alonso Rico Puerta.

liquidación o el balance final del contrato para sorprender a la entidad contratante con peticiones basadas en el desequilibrio cuando, precisamente, las modificaciones tenían como propósito u objetivo cubrir el desbalance alegado.

4) El 16 de agosto de 2016, la sociedad contratista solicitó expresamente la prórroga del contrato de obra pública no. 611 de 2015, sin consignar valores adicionales o mayores costos de ejecución (fls. 87 y 88 cdno. pruebas).

El 22 de agosto de 2016, Inciteco SAS reiteró la petición de prorrogar el plazo de ejecución del contrato, pues, se imponía la adición en tiempo en virtud de situaciones presentadas en relación con *i)* traslado de postes de media y baja tensión de Codensa y, *ii)* redes de aguas lluvias que supuestamente no contaban con recubrimiento.

En tal virtud, el 6 de septiembre de 2016 se adicionó el plazo de ejecución del contrato de obra pública no. 611 de 2015 en un (1) mes, por lo que se amplió su vigencia hasta el 7 de octubre de 2016 (fl. 97 cdno. pruebas); en este documento contractual la sociedad contratista tampoco incorporó reclamaciones o salvedades.

6) Así las cosas, las salvedades o reclamaciones incorporadas por Inciteco SAS en el acta de liquidación bilateral signada por las partes contratantes el 15 de noviembre de 2017 son extemporáneas y, por lo tanto, no pueden ser analizadas, porque esa circunstancia implicaría una vulneración o desconocimiento del principio de buena fe objetiva y a sus subprincipios de lealtad, de información y de no atentar contra los actos propios porque, se insiste, las modificaciones contractuales fueron solicitadas por la sociedad contratista, por manera que debió indicar en esos documentos contractuales que esas convenciones le acarrearían mayores costos y que no cubrían el desequilibrio contractual alegado.

7) En todo caso y en gracia de discusión, se deben negar las pretensiones de la demanda debido a que las prórrogas del contrato fueron solicitadas por el contratista, tal como lo concluyó sin ambages el *a quo*; adicionalmente, la sociedad actora no demostró que hubiera efectuado algún ajuste a los diseños establecidos y tampoco se probaron los sobrecostos en los acarreos, de allí que a voces del artículo 167 de la Ley 1564 de 2012 (CGP), se desatendió la carga probatoria de

acreditar el supuesto de hecho del incumplimiento y del desequilibrio económico del contrato alegados.

8) Finalmente, Inciteco SAS adujo que la entidad demandada no pagó el valor total del contrato sino, única y exclusivamente, la utilidad y los costos proporcionales a lo ejecutado del negocio jurídico; es importante precisar que en el acta de liquidación bilateral las partes dejaron consignado expresamente que lo realmente ejecutado correspondió a \$1.651´644.940 - hecho que además fue admitido en el recurso de apelación- valor que incluía los costos, gastos de administración y la utilidad, por manera que no puede pretender la parte actora el pago de la totalidad del contrato estatal si la forma de pago convenida era a precios unitarios y, por lo tanto, lo verdaderamente ejecutado solo ascendió al mencionado valor.

En ese orden de ideas, no resulta posible acceder a esta solicitud, pues, se insiste, en este caso concreto la modalidad de pago se acordó a través del sistema de precios unitarios y, por ende, el contratista solo tenía derecho a recibir el correspondiente porcentaje de utilidad, de administración y de imprevistos sobre el porcentaje real y efectivamente ejecutado.

3. Conclusión

Se confirmará la sentencia apelada porque deviene contrario al principio de buena fe objetiva (artículo 1603 del CC) que el contratista formule de manera extemporánea salvedades, glosas o reclamaciones que debió efectuar en su momento, más aún si las modificaciones contractuales fueron promovidas por el mismo contratista; además, la parte actora no demostró el incumplimiento y el desequilibrio económico del contrato alegados.

4. Condena en costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 prevé que, salvo que se ventile un interés público³, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, a su turno,

³ Al respecto consultar la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, del 11 de octubre de 2021, expediente 63.217, MP Fredy Ibarra Martínez.

el artículo 365 del Código General del Proceso consagra que se condenará en costas “a la parte vencida”.

Para el presente caso la parte vencida es la parte demandante, Inciteco SAS, por lo que en cuanto se refiere a los gastos del proceso estos serán liquidados de manera concentrada por la secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, según dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

Sobre las agencias en derecho se fijan agencias en derecho en el equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de esta providencia, en favor de la entidad demandada y a cargo de la parte actora, en los términos del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, EN SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1º) Confírmase la sentencia proferida el 17 de octubre de 2019 proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda.

2º) Condénase en costas de segunda instancia a Inciteco SAS y **fíjanse** agencias en derecho a su cargo en cuantía equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de esta providencia, en favor de la parte demandada y a cargo de la sociedad demandante Inciteco SAS.

3º) Ejecutoriada la presente sentencia, por la secretaría **devuélvase** el expediente al tribunal de origen para lo su cargo, previas las correspondientes constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Expediente: 25000-23-36-000-2018-01214-01 (65.646)

Actor: Inciteco SAS

Controversias contractuales

Apelación de sentencia

(Firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
Presidente de la Sala
Aclara voto

(Firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado

(Firmado electrónicamente)
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
Aclara voto

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.