**SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO – Procedencia – Casos previstos en normas especiales**

El artículo 41 del Código Contencioso Administrativo, señala sobre el silencio administrativo positivo lo siguiente: «*Artículo 41.* ***Silencio positivo.*** *Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva […]* ».

**SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO – Contratación estatal – Aplicable – Artículo 16 – Ley 80 de 1993**

Por su parte, el artículo 25 numeral 16 de la ley 80 de 1993, dentro del marco del principio de economía que orienta la contratación estatal, prescribe: «***16.*** *En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley*».

**ACTO FICTO POSITIVO – Configuración – Requisitos**

Acorde con lo anterior, para la configuración de un acto ficto positivo, se ha señalado por esta Sección la existencia de los siguientes requisitos concomitantes: a) la solicitud debe ser presentada por el contratista, b) ante la administración, c) durante la ejecución del contrato, y d) cumpliéndose un lapso tres (3) meses sin respuesta alguna. Sin embargo, dicha norma no contempla toda la estructura jurídica formal y material del silencio administrativo, toda vez que una buena parte de su regulación se mantiene en el Código Contencioso Administrativo, al cual se debe acudir, por aplicación del inciso segundo del art. 1, que dispone: «*Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por estas; en lo previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles*».

**ACTO FICTO POSITIVO – Contratación estatal – Requisitos – Presentación contratista**

«*En virtud del primer requisito, la solicitud la debe “presentar el contratista”, lo que parece obvio, aunque sólo en forma aparente, porque en realidad eso no lo establece el art. 25.16 de la ley 80. Lo que dispone es que “las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato […]*» *si la entidad no se pronuncia en 3 meses se configura el silencio positivo, y resulta que en esa etapa perfectamente pueden formular peticiones, relacionadas con el contrato, la compañía de seguros que ampara al contratista, otras entidades estatales o los ciudadanos –por ejemplo, las veedurías, y en general cualquiera persona-. De entenderse literalmente la norma, toda petición en esta etapa, sin importar de quien provenga, produciría el silencio positivo.[…] la solicitud debe provenir del contratista, para que, eventualmente, produzca el silencio positivo. La Sala comparte este criterio, porque es razonable y consulta el sentido natural de la norma. Por tanto, otra solicitud, en caso de mora de la administración en responderla, dará lugar a que se configure el silencio administrativo negativo, que es la regla general que contempla el CCA […]*».

**ACTO FICTO POSITIVO – Contratación estatal – Requisitos – Presentar a la administración**

«*El segundo requisito, establece que la solicitud se debe “presentar a la administración”, lo que parece obvio, porque así lo establece, expresamente, el art. 25.16 de la ley 80, y también su decreto reglamentario. Por tanto, las peticiones, reclamaciones u observaciones que también suele presentar el Estado al contratista, por distintas razones derivadas de la celebración del contrato, no configurarán este silencio, y ni siquiera el negativo, simplemente porque este régimen no cubre las respuestas que también debe dar el contratista a las comunicaciones de la entidad.*

*Se trata de un sistema jurídico diferencial, donde el Estado, como parte del contrato, tiene una carga mayor que la del contratista, como integrante del negocio jurídico; estableciendo la ley un beneficio exclusivamente para éste […]*».

**ACTO FICTO POSITIVO – Contratación estatal – Requisitos – Presentación durante ejecución del contrato**

«*El tercer requisito exige que la petición se presente durante la ejecución del contrato, y excluye la configuración de esta modalidad de silencio frente a las solicitudes presentadas durante las etapas pre-contractual, de perfeccionamiento del contrato y de liquidación. En estos tres casos, el silencio que se configura ante una petición es el negativo –en el evento de no responderse-, pasados 3 meses de presentada la petición, por aplicación del art. 40 del CCA., pues no existiendo norma especial en la ley 80 que regule estos supuestos, entonces rige este código.*

*En estos términos, la ley 80 restringió a una etapa muy precisa del iter contractual la posibilidad de que se configure el silencio positivo, momento cuya existencia tiene variables que afectan su concreción, sobre lo que existe discrepancia en el caso concreto, pues mientras el a quo consideró que el contrato no estaba en ejecución –y por eso no se configuró el silencio positivo-, el Ministerio Público estimó que sí; por eso la Sala debe resolver esta diferencia. En estos términos, lo definitivo es la presentación de la solicitud, no la fecha o momento de la respuesta. En tal sentido, dispone claramente la norma que “las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato […] son las que tienen la posibilidad de configurar este silencio, haciendo abstracción de la etapa en la cual se respondan […]*».

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00412-01(37170)**

**Actor: CONSORCIO MONTAJES ELÉCTRICOS LIMITADA - CONSTRUCCIONES DISEÑOS ESTUDIOS C.D.E. LIMITADA**

**Demandado: EMPRESA DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE BOGOTÁ**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009), por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en la que se decidió:

*“****PRIMERO: Se declaran no probadas*** *las excepciones formuladas por la entidad demandada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.*

***SEGUNDO: Se niegan*** *las pretensiones de la demanda, conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente providencia.*

***TERCERO:*** *Sin condena en costas.*

***CUARTO:*** *Ejecutoriada la presente providencia, liquídense por Secretaría de la Sección los gastos ordinarios del proceso, y en caso de remanentes devuélvanse al interesado, lo anterior de conformidad a lo establecido por el artículo 7° y 9° del Acuerdo No. 2552 de 2004 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.”*

1. **ANTECEDENTES**
2. **La demanda**

El Consorcio Montajes Eléctricos Ltda., y Construcciones Diseños Estudios Ltda., por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de controversias contractuales, el día diez (10) de febrero de dos mil (2000), presentaron demanda contra la Empresa de Energía de Bogotá S. A. E.S.P., con el objeto que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*“3.1. Declarar que el acto de liquidación unilateral del contrato por la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., no se ajusta a la realidad de las relaciones entre las partes y desconoció derechos económicos del consorcio contratista.*

*3.2. Declarar que el Consorcio demandante tuvo costos y gastos no contemplados en el Pliego de Condiciones ni en el contrato, lo cual sólo (sic) benefició a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. en cuyo interés se realizó el contrato, rompiendo el equilibrio económico del contrato.*

*3.3. Declarar que la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. revocó sin fundamento jurídico, sin permitir el ejercicio del derecho de defensa y sin observar el principio del debido proceso, el silencio administrativo positivo que había ejercitado el Consorcio demandante.*

*3.4. Declarar que por no atender a los reclamos económicos del Consorcio, la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., incumplió el contrato.*

*3.5. Condenar a la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. a indemnizar (o reembolsar para establecer el equilibrio económico del contrato) al CONSORCIO MONTAJES ELÉCTRICOS LTDA. ME LTDA - CONSTRUCCIONES DISEÑOS ESTUDIOS LTDA. – CDE LTDA., con la corrección monetaria y con los intereses correspondientes, los mayores costos en los cuales incurrió, pagándole por este concepto la cantidad que se pruebe, lo mismo que los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato y por la revocación del silencio administrativo positivo.*

*3.6. Condenar a la Empresa de Energía de Bogotá en las costas del proceso, inclusive agencias en derecho.”*

1. **Hechos**

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

* 1. El día dos (2) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995), se celebró entre la Empresa de Energía de Bogotá E.S.P., y el consorcio Montajes Eléctricos LTDA, el contrato 6403 cuyo objeto era el suministro de personal calificado, equipos necesarios y materiales para la prestación de servicios en el control de cuentas especiales, mediante veintitrés mil (23.000) órdenes de revisión y servicio integral, en las instalaciones y equipos de medida de los usuarios que poseían cargas contratadas o instaladas mayores o iguales a 55 kw, y/o factores mayores o iguales a 20 según facturación de la entidad contratante.
  2. Previo al inicio del curso de capacitación, el cual inició el ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995), el consorcio demandante realizó algunas inversiones previas a la recepción del anticipo, tales como la adquisición mediante contrato de leasing de ocho (8) camionetas, compra de dotación y de herramientas, curso de aprendizaje al personal y curso de atención al cliente dictado por profesionales expertos en la materia.
  3. La ejecución del contrato inició el veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995). La Interventoría solicitó al consorcio realizar cambios fundamentales respecto a la propuesta presentada por el actor, en los siguientes aspectos: mejoramiento del sistema de comunicación, aumento del número de microcomputadores y el desarrollo de software sofisticado y diferente a las necesidades planteadas en el pliego de condiciones.
  4. Finalizado el tercer mes de ejecución del contrato 6403, la Interventoría ordenó incrementar de ocho (8) a nueve (9) el número de cuadrillas.
  5. En el desarrollo del contrato, se presentaron varias dificultades, como fue la inconsistencia de la información entregada por la entidad contratante, y problemas en la coordinación de aforos, por falta de coordinación con el Centro de Control del contratante.
  6. Mediante acta de febrero de 1996, la Interventoría ordenó incrementar el número de cuadrillas a once (11), lo que implicó la inversión de recursos adicionales, tales como más pinzas de MT, la adquisición mediante leasing de tres (3) camionetas adicionales, juegos de herramientas adicionales, contratación de mayor personal y la compra de más equipos de comunicaciones.
  7. El pliego de condiciones contempló una serie de razones justificativas que impedían ejecutar las órdenes de revisión por causas no imputables al contratista, por tal motivo, el consorcio accionante solicitó el pago de un porcentaje de algunas órdenes que implicaban sobrecostos.
  8. El contratista, debido al desgaste permanente para la ejecución de ciertos tipos de órdenes que requerían la suspensión del servicio al cliente, presentó propuesta de cambio al esquema inicial del contrato, entre otros los siguientes aspectos: la ejecución de 13.000 prelecturas, investigación y análisis de la información recopilada y la ejecución de las órdenes de revisión integral a los clientes que se detectaron en el proceso de prelectura. Por lo anterior, incluyó el suministro de cuatro (4) cuadrillas, con todos los equipos para atender las necesidades, revisiones y verificaciones de los clientes ordenados en la labor de prelectura.
  9. La anterior propuesta no fue aceptada por el contratante y se redujo el costo del día de cada operativo cuadrilla, de $565.148 a $415.000, con el compromiso, por parte del contratista, de suministrar ocho (8) cuadrillas, y se ordenó el desmonte del esquema existente hasta ese momento.
  10. La modificación del esquema de trabajo original le causó grandes perjuicios al contratista, entre ellos, la sanción por el incumplimiento en el contrato de leasing de los seis (6) vehículos adquiridos en el año 1995, la capacitación adicional del personal, adquisición de motos, desarrollo de nuevo software, contratación de personal administrativo, todo lo anterior con el fin de dar inicio al nuevo esquema a partir del 7 de enero de 1997.
  11. La Interventoría, de manera arbitraria, decidió descontar órdenes de servicio que habían sido ejecutadas conforme a lo establecido en el pliego de condiciones.
  12. El consorcio formuló solicitud de reajuste para restablecer el equilibrio económico del contrato, a la cual no se le dio respuesta alguna por parte de la entidad contratante, por lo que el representante del consorcio contratista protocolizó el silencio de la administración, con el fin de obtener los efectos consagrados por la ley.
  13. En forma arbitraria, sin dar oportunidad al contratista de ejercer su derecho de defensa, la entidad contratante procedió a revocar el acto administrativo ficto mencionado anteriormente, sin notificación alguna al representante legal del consorcio demandante.

1. **Actuación procesal**
   1. La demanda fue admitida el cuatro (4) de septiembre de dos mil (2000)[[1]](#footnote-1), y así mismo se ordenó notificar personalmente al Gerente de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., al señor Agente del Ministerio Público y se dispuso fijar en lista por el término de diez (10) días.
   2. El apoderado judicial de la parte demandada[[2]](#footnote-2), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de falta de capacidad para ser parte y capacidad procesal, y la excepción de ineptitud de la demanda por falta de los fundamentos de derecho de las pretensiones e ineptitud de la demanda por falta de existencia y representación del consorcio demandante.
   3. Por auto del once (11) de abril de dos mil dos (2002)[[3]](#footnote-3), se ordenó citar como litisconsorte necesario a la sociedad Montajes Eléctricos Ltda., para lo cual se dispuso notificar personalmente el auto admisorio de la demanda y la fijación en lista por el término de diez (10) días.
   4. La sociedad Montajes Eléctricos Ltda., guardó silencio.
   5. El doce (12) de junio de dos mil tres (2003)[[4]](#footnote-4), se abrió a pruebas el proceso de la referencia.
   6. Del dictamen pericial allegado al expediente, se dispuso correr traslado, mediante auto del seis (6) de octubre de dos mil cinco (2005)[[5]](#footnote-5); dentro de dicho término las partes solicitaron aclaración y complementación del dictamen pericial.[[6]](#footnote-6)
   7. Una vez vencido el término de traslado de la aclaración y complementación del dictamen pericial, el dos (2) de febrero de dos mil seis (2006)[[7]](#footnote-7), se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión por el término común de diez (10) días.
   8. El apoderado judicial de la parte demandada, consideró que, en el presente asunto, era procedente declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, *“relativa a la petición de modo indebido”*, en vista que la parte demandante no solicitó de manera expresa, la nulidad del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato 6403. Por otra parte, a su juicio, el consorcio demandante no solicitó y demostró el rompimiento del equilibrio económico del contrato y mucho menos probó que el mencionado desequilibrio económico obedeció a causas imputables a la entidad demandada.[[8]](#footnote-8)
   9. A su turno, el apoderado de la sociedad demandante, expuso que los hechos de la demanda quedaron debidamente probados no solo con el dictamen pericial rendido por un experto en la materia, que, además de cuantificar los sobrecostos y perjuicios, hizo un análisis serio del desarrollo del contrato objeto de la controversia y de los documentos relacionados con el contrato 6403, demostrando así, la veracidad de los hechos de la demanda.[[9]](#footnote-9)
2. **La sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante sentencia del treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009)[[10]](#footnote-10), negó las pretensiones de la demanda.

Primeramente, el *a quo* se pronunció sobre si la solicitud presentada por el contratista ante la entidad contratante, el día 20 de agosto de 1996, podía conllevar a una decisión favorable en virtud de la operancia del silencio administrativo positivo, y procedió a dilucidar más concretamente si, “*¿la petición de restablecimiento de la ecuación contractual formulada ante la entidad contratante por el contratista, durante la ejecución del objeto contractual, puede devenir aceptada presuntamente ante la omisión de respuesta de la Administración?”*.

Consideró que la respuesta al mencionado interrogante, debía ser negativa, toda vez que el consorcio demandante buscaba obtener un acuerdo de voluntades *“materializado en un* ***contrato modificatorio****”*, y por tanto, la vía *“para desembocar en un acto jurídico de tal naturaleza, no es de ningún modo la omisión de respuesta de la entidad”*. Para ello tuvo como sustento lo preceptuado en el artículo 27 de la ley 80 de 1993 y lo pactado en el negocio jurídico, toda vez que no se admitió en el texto contractual las modificaciones derivadas del silencio administrativo positivo, sino que debía existir un pronunciamiento expreso sobre los cambios propuestos por el contratista.

Por tales motivos, concluyó, sobre este punto, que el silencio administrativo positivo en el contrato 0643 celebrado por las partes, no tenía aplicación alguna.

Luego, procedió el Tribunal de primera instancia a estudiar los hechos generadores de desequilibrio económico alegados en la demanda, por lo cual, en primera medida, sobre el incremento de personal, consideró que no correspondía a un supuesto de desequilibrio económico imputable a la entidad contratante, toda vez que las exigencias de aumento de personal, por parte de la interventoría, no correspondía al ejercicio de potestades excepcionales generadoras de mayores cargas económicas por alteración de las condiciones tenidas en cuenta para contratar, igualmente, la insuficiencia de personal evidenciada en la ejecución del contrato, no resultó de una indebida o inadecuada planificación por parte de la entidad contratante, así mismo el aumento de cuadrillas requerido por la interventoría, se impuso ante el retraso del mismo contratista en el cumplimiento de las metas mensuales de órdenes de revisión de cuentas especiales.

En segundo lugar, referente a la adecuación del software requerido para el procesamiento de la información suministrada, adujo el *a quo* que, dicha situación constituyó una situación imputable al contratista, *“por corresponder a la diligencia que le era exigible como oferente (debía prever, conforme a sus conocimientos especializados, cuál era el software apropiado y suficiente para llevar a cabo las tareas de procesamiento de la información y demás relacionadas, y ajustar a ello su oferta económica)”.*

En tercer lugar, adujo que el cambio en los equipos de comunicación fue una exigencia inherente al objeto del contrato y al alcance de los servicios, *“y por tanto ni siquiera caracterizada como una contingencia del servicio contratado, con la utilización de equipos de comunicación eficientes y ágiles, con suficiente cobertura, tal como ya estaba advertido en la evaluación técnica de la oferta presentada por el contratista.”*

En cuarto lugar, sobre la divergencia de las órdenes especiales y su remuneración, concluyó que la parte demandante no aportó, ni fue suministrado al perito, documento alguno en que consten las actividades individuales y específicas ordenadas por la entidad contratante, que constituyan órdenes especiales y que no hayan sido remuneradas correctamente. *“La parte demandante se limita a allegar copias simples de documentos contables que se reducen a listados de actividades anotando al frente de cada una la nominación “TCA”, “TCR”, “TCC”, etc., sin respaldar tal información con ningún medio probatorio que permita concluir que en efecto la actividad fue desarrollada en esas condiciones y que la entidad no remuneró debidamente tales situaciones”.*

Por último, consideró que el cambio de esquema introducida por el acta modificatoria del contrato, suscrita de forma bilateral el 17 de marzo de 1997, se realizó con el consentimiento del contratista, *“sin adición del valor del contrato”*, por lo que, mal puede ahora perseguir un restablecimiento derivado de una situación de desequilibrio que no se encuentra configurada.

1. **El recurso de apelación y el trámite en segunda instancia**

El apoderado judicial de la parte accionante, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión[[11]](#footnote-11), el cual fue concedido mediante auto del once (11) de junio de dos mil nueve (2009)[[12]](#footnote-12).

El veintitrés (23) de julio de dos mil nueve (2009)[[13]](#footnote-13), se dispuso correr traslado a la parte demandante por el término de tres (3) días para sustentar el recurso de alzada.

El recurrente[[14]](#footnote-14), consideró que el *a quo* no tuvo en cuenta el dictamen pericial rendido dentro del proceso, y reprochó que en el interrogatorio de parte el representante legal de la parte demandada faltara a la verdad y fuera evasivo, e inclusive, el fallador de primera instancia no tuvo en cuenta las contradicciones en que se incurrió en el mencionado interrogatorio, señaló el apelante.

Igualmente censuró de la providencia impugnada, la omisión incurrida por el *a quo* sobre el silencio administrativo positivo, y no accedió a las pretensiones de la demanda por falta de los documentos auténticos que, a su juicio, no quiso enviar la empresa demandada, a pesar de haber sido requerida en varias oportunidades.

1. **Los alegatos de conclusión en segunda instancia**

Mediante auto del diecinueve (19) de agosto de dos mil nueve (2009)[[15]](#footnote-15), se admitió el recurso de apelación y el veintiuno (21) de septiembre de dos mil nueve (2009)[[16]](#footnote-16), se dispuso correr traslado a las partes y al Ministerio Público por el término de diez (10) días para alegar de conclusión.

El apoderado judicial de la parte demandada, solicitó se confirme el fallo impugnado, teniendo en cuenta la carencia de respaldo probatorio de los rubros reclamados como constitutivos del presunto desequilibrio alegado.[[17]](#footnote-17)

A su turno, la parte demandante reitera lo sostenido en el recurso de alzada.[[18]](#footnote-18)

El Ministerio Público guardó silencio.

1. **CONSIDERACIONES**

Cumplidos los trámites propios de esta instancia sin causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Subsección a pronunciarse sobre el asunto de la referencia para lo cual abordará los siguientes puntos: 1) competencia; 2) acervo probatorio; 3) análisis del caso concreto; y 4) condena en costas.

1. **Competencia**

La Subsección es competente para conocer del recurso de apelación presentado por la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo , modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado, contra la sentencia del treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en un proceso de controversias contractuales con vocación de doble instancia.[[19]](#footnote-19)

1. **Acervo probatorio**

Del material probatorio allegado al presente proceso se destaca:

* Contrato 6403 del día dos (2) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995)[[20]](#footnote-20), suscrito por las partes:

*“PRIMERA: OBJETO.- Suministro de personal calificado, equipos necesarios y materiales para la prestación de servicios en el control de cuentas especiales, mediante veintitrés mil (23.000) órdenes de revisión y servicio integral, en las instalaciones y equipos de medida de los usuarios que poseen cargas contratadas o instaladas mayores o iguales a 55 kW, y/o factores mayores o iguales a 20 según facturación de la EMPRESA. SEGUNDA: ALCANCE DE LOS SERVICIOS. El alcance incluye el suministro de personal calificado, los recursos, herramientas, materiales y actividades propuestas, adecuadas para la ejecución de las órdenes de revisión y servicio integral y requerimientos especificados en la Sección II del pliego de condiciones. TERCERA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. EL CONTRATISTA en virtud del presente contrato, contraé (sic) para con la EMPRESA, las obligaciones derivadas del pliego de condiciones, la propuesta aceptada por la EMPRESA y el presente contrato. EL CONTRATISTA reconoce haber estudiado cuidadosamente todos los factores que puedan influir en el desarrollo y ejecución de los trabajos. Ningún convenio verbal con el personal de la EMPRESA, antes o después de la firma del contrato podrá afectar o modificar alguno de los términos y obligaciones aquí estipulados. Las especificaciones de los trabajos de que habla el presente contrato, la propuesta aceptada y los pliegos de la licitación serán ejecutados por el CONTRATISTA, ciñéndose en todo al contrato y a las instrucciones impartidas por el Interventor o por las Dependencias encargadas para el efecto. (…) CUARTA: VALOR DEL CONTRATO. – Para efectos legales y fiscales, el valor del presente contrato, es de UN MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS ($1.228.654.435.00) MONEDA CORRIENTE, incluido el IVA, sin embargo el valor final del contrato será el que resulte de multiplicar el (sic) las órdenes de servicio efectivamente ejecutadas por el CONTRATISTA, recibidas a satisfacción por los valores unitarios cotizados por orden de revisión y servicio integral y con los reajustes estipulados en el numeral 3.2.1. del pliego de condiciones. Los precios son fijos, el Impuesto al Valor Agregado (IVA), será reconocido por la EMPRESA, conjuntamente con las facturas correspondientes y a la tasa vigente en cada una de ellas. QUINTA: FORMA DE PAGO.- El pago al CONTRATISTA por los servicios objeto del presente contrato se hará como a continuación se estipula: 1) Anticipo: La EMPRESA pagará al CONTRATISTA un anticipo del veinte por ciento (20 %) del valor estimado del contrato, pagadero dentro de los sesenta días siguientes al perfeccionamiento del mismo y recibo a satisfacción de la EMPRESA, de la cuenta de cobro correspondiente acompañada de los siguientes documentos: (…) SEXTA: PLAZOS Y CRONOGRAMAS DE TRABAJO.- El plazo del presente contrato será de dos (2) años contados a partir del acta de iniciación de los servicios. La vigencia del presente contrato es igual al plazo estipulado y tres (3) meses más. (…) EL CONTRATISTA se obliga a ajustar el cronograma y el plan de trabajo presentado en la propuesta y son requisitos para firmar el acta de iniciación del contrato, con previa aprobación efectuada por la Empresa. El cronograma de trabajo contendrá el número de operaciones a realizar mensualmente; podrá ser objeto de modificaciones y ajustes de acuerdo a las necesidades del servicio. El Cronograma (sic) de trabajo comprende una relación de todas las actividades requeridas para el desarrollo de los servicios. EL CONTRATISTA y el Interventor revisarán mensualmente el cronograma de acuerdo con el desarrollo real de las operaciones y lo someterá a las modificaciones y/o ajustes, de acuerdo con las necesidades del servicio. Si a juicio del Interventor el CONTRATISTA esta (sic) retrasado en su programa, o el servicio no se puede realizar dentro del horario normal de trabajo, este deberá tomar las medidas necesarias que indique la Coordinación (sic) del contrato para acelerar el ritmo de los servicios, tales como aumento de personal, de equipos, trabajos en horas extras o días festivos, etc., sin que esto represente costo adicional para la EMPRESA. Estas revisiones del programa deberán elaborarse en los diez (10) primeros días calendario de cada mes, sin lo cual no será aprobada la cuenta de cobro correspondiente al mes respectivo. (…) SÉPTIMA: CONTROL Y OBLIGACIONES DE LA EMPRESA. La EMPRESA por intermedio de la Subgerencia Comercial, estará representada ante el CONTRATISTA por el Interventor que ella designe, quien será responsable de ejercer el control técnico, administrativo y contable del contrato, a fin de que se cumplan enteramente las estipulaciones del mismo. Tendrá entre sus principales funciones, las siguientes: 1) Colaborar con el CONTRATISTA para el éxito en la ejecución de los servicios. 2) Exigir el cumplimiento del contrato en todas sus partes. 3) Atender y resolver toda consulta sobre la correcta interpretación del procedimiento y sobre los errores u omisiones que puedan suceder. 4) Decidir sobre los cambios no sustanciales en el alcance de la prestación del servicio. 5) Inspeccionar permanentemente las operaciones, ordenar la corrección de los servicios defectuosos y, si es el caso, practicar una nueva inspección de las mismas. 6) Controlar y comprobar el número de operaciones de los servicios ejecutados para efectos de pago. 7) Verificar los cómputos de cantidades de operaciones efectuadas y aprobar las actas elaboradas por el CONTRATISTA. 8) Exigir al CONTRATISTA el empleo de personal técnico capacitado y el cambio del que a su juicio sea descuidado, incompetente, insubordinado, o cuyo trabajo sea perjudicial para los intereses de la EMPRESA. 9) Exigir al CONTRATISTA el empleo del equipo establecido y el cambio del que a su juicio no ofrezca la seguridad, calidad y precisión requerida en las revisiones. 10) Solicitar la aplicación de multas y la declaratoria de caducidad en caso de comprobar hechos que conforme al contrato den lugar a tales decisiones. 11) Firmar el Acta de Iniciación y el Acta de Finalización de los servicios, así como autorizar con su visto bueno el pago de las cuentas de cobro, objeto de este contrato. 12) Supervisar e impartir las instrucciones pertinentes al CONTRATISTA para que su personal dé un tratamiento a los clientes que refleje imagen de calidad y eficiencia de la EMPRESA, así como el tratamiento respetuoso, que el cliente merece, suministrándole si es el caso, las aclaraciones a que haya lugar. (…) 14) La EMPRESA se reserva el derecho de solicitar el cambio de herramientas y equipos que no cumplan con los requerimientos mínimos para el cumplimiento del alcance de los servicios. (…) NOVENA: NÚMERO DE OPERACIONES.- El número de órdenes de revisión y servicio integral es de 23.000 (Veintitrés (sic) mil), es un estimativo aproximado del servicio por ejecutar. La EMPRESA podrá exigir el aumento o disminución de la cantidad de operaciones por ejecutar, lo cual deberá ser aceptado por el CONTRATISTA de acuerdo a los límites establecidos en el numeral 1.8 del pliego de condiciones (Reservas (sic) especiales). No se podrá formular reclamo alguno a la EMPRESA, directo o indirecto, si la cantidad objeto de este contrato, resultare inferior o superior al número máximo que puede ejecutar el CONTRATISTA de acuerdo con los términos del contrato. DÉCIMA: SUMINISTRO DE PERSONAL, EQUIPOS Y MATERIALES.- Para efectos del presente contrato se establece que el suministro de personal (terreno y oficina) equipos, herramientas, medios de transporte y materiales son los mismos de la propuesta aceptada y aprobados durante la evaluación técnica. (…) DÉCIMA SEGUNDA: SERVICIO EXTRAS: Se entiende por servicios extras, los que no estando incluidos en el formulario de la propuesta, sean necesarios para cumplir las órdenes del objeto del contrato. Cuando la EMPRESA ordena hacer servicios extras, el CONTRATISTA estará obligado a ejecutarlos, siempre que los trabajos ordenados hagan parte inseparable de los servicios contratados. Los servicios extras se pagarán de acuerdo con los precios unitarios propuestos por el CONTRATISTA y aceptados por la EMPRESA. Cuando no sea posible acordar ante mano con el CONTRATISTA el precio del servicio extra, la EMPRESA podrá optar por ordenar que dicha orden sea ejecutada por el sistema de costo necesario más porcentaje. (…) DÉCIMA NOVENA: INVESTIGACIONES EN EL SITIO Y MANIFESTACIONES HECHAS AL CONTRATISTA.- EL CONTRATISTA declara conocer todo lo concerniente a la naturaleza de los servicios y a los sitios donde se van a prestar. En consecuencia, el CONTRATISTA declara que se encuentra en condiciones de cumplir todas las obligaciones del presente contrato. (…) VIGÉSIMA TERCERA: DOCUMENTOS DEL CONTRATO.- Hacen parte integral del presente contrato y por lo tanto obligan jurídicamente, los siguientes documentos: 1) El pliego de condiciones de la licitación SC-003 en todas sus partes, los adendos y las respuestas remitidas por escrito por la EMPRESA durante el periodo del contrato. 2) La propuesta del CONTRATISTA y los documentos adjuntos presentados con la misma, de fecha 28 de diciembre de 1994, en los términos aceptados por la EMPRESA. (…)”*

* Acta de modificación del contrato 6403 celebrado por las partes[[21]](#footnote-21):

*“****PRIMERO. –*** *Disminuir en un 20 % equivalente a 4.600 el número de órdenes de revisión y servicio integral establecidas inicialmente, las cuales serán reemplazadas por revisiones – prelectura.* ***SEGUNDO.-*** *Modificar la Cláusula Segunda “ALCANCE DE LOS SERVICIOS*”, *que remite a la sección segunda del Pliego de Condiciones contenida en los numerales 2.5, 2.2.1. y 2.2.2, a efectos de explicar el alcance de los mismos así: Numeral 2.5 tercer inciso: El (sic) número de Grupos de Revisión será de Cuatro (sic) 4 y los otros cuatro serán reemplazados por un grupo de revisiones-prelectura, el cual estará conformado como mínimo por 12 personas bachilleres. Para aclarar los numerales 2.2.1. inciso tres y 2.2.2. incisos uno a seis del pliego de condiciones, se adiciona el numeral 2.14., así: “El mínimo de revisiones-prelectura a ejecutar en un mes por parte del CONTRATISTA será el correspondiente a dos prelecturas por cada Cliente Especial, sin interferir la lectura normal para la facturación de la EMPRESA.* ***TERCERO.-*** *Modificar la Cláusula Quinta “FORMA DE PAGO” en el sentido de adicionarle el siguiente parágrafo: PARÁGRAFO 4º. El valor total mensual a pagar al CONTRATISTA por el trabajo de revisiones-prelectura es de treinta y cuatro millones ciento noventa y seis mil pesos ($34.196.000.00) mensuales.* ***CUARTO. –*** *Las revisiones-prelectura serán adelantadas de acuerdo el (sic) procedimiento que para tal efecto acuerden las partes mediante acta escrita.* ***QUINTO.-*** *Lo establecido en la presente acta, no implica aumento en el valor del contrato.* ***SEXTO.-*** *Las demás estipulaciones del contrato 6403 quedan vigentes. (…)”*

* Comunicación del veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996)[[22]](#footnote-22), dirigida al Gerente Comercial de la Empresa de Energía de Bogotá E.S.P., por el consorcio demandante:

*“(…) me dirijo a usted, con el fin de poner en su conocimiento una evaluación legal hecha al contrato en referencia, recalcando que nuestro primordial interés es continuar colaborando para el adecuado funcionamiento de la prestación del servicio a nuestro cargo.*

*Revisadas las condiciones de dicho contrato, encontramos varias situaciones que se deberían analizar por parte de la EMPRESA, para lograr de aquí en adelante un mejor desenvolvimiento del mismo.*

*Para lo anterior, transcribimos la cláusula segunda del mismo, que hace mención al ALCANCE DE LOS SERVICIOS contratados (…).*

*De otro lado la cláusula Décima (sic); SUMINISTRO DE PERSONAL, EQUIPO Y MATERIALES (…).*

*La sección II del pliego de condiciones de la licitación pública SC 03, enuncia las condiciones particulares y las especificaciones técnicas para la presentación de las propuestas.*

*Dicha sección en su numeral 2.5 Requerimientos de personal, hace referencia al número mínimo de cuadrillas, a la conformación de los grupos de revisión y al personal que hará parte de los mismos para el trabajo en terreno y enuncia que el oferente propondrá el personal que estime conveniente para asegurar la calidad y cantidad de trabajo en terreno, así como el personal de oficina necesario para cumplir las labores enunciadas.*

*La misma sección en el numeral 2.9 se refiere a las Condiciones mínimas necesarias para el suministro de las dotaciones, herramientas, materiales y equipos necesarios para el desarrollo del objeto.*

*Para mayor claridad, el cuadro anexo 1 refleja el resumen de los requerimientos mínimos exigidos en esta sección II, para este tema.*

*Teniendo en cuenta las condiciones enunciadas, en el Pliego de Condiciones de la Licitación (sic), el CONSORCIO (…) presentó propuesta, la cual fue aceptada en virtud de la adjudicación de la Licitación (sic) SC 003 y por ende de la celebración del contrato en referencia.*

*En el cuadro anexo 1, se presenta un resumen de los términos de la propuesta, relacionados con los requerimientos de la sección II del Pliego, para el mismo tema en cuestión.*

*No obstante lo anterior, y una vez iniciada la ejecución del contrato, tal como se ha podido constatar durante su permanente evaluación y seguimiento conjunto por parte del CONSORCIO y de la INTERVENTORÍA, se ha hecho necesario tomar medidas que han implicado de cierta manera, que la cláusula Décima (sic) del Contrato (sic) en mención no se esté aplicando en todo su rigor, ya que los ítems descritos se han tenido que incrementar en algunos casos, y variar en otros, con el único propósito de desarrollar adecuadamente el contrato.*

*Revisando las actas de interventoría del 9 de noviembre de 1995, 24 de noviembre de 1995 y 6 de febrero de 1996, éstas hacen referencia a la necesidad de incrementar el número de cuadrillas, para garantizar la ejecución del trabajo.*

*El incremento de cuadrillas implica obviamente, que la planta de personal, los equipos, las herramientas y la dotación en general incluidas en la propuesta, han tenido que sufrir alteraciones.*

*En lo que hace relación al software requerido para el procesamiento de la información, si bien es cierto que el pliego no presentaba información detallada para su desarrollo, y que en calidad de proponentes, tampoco se solicitó aclaración, en su oportunidad el Consorcio (sic) puso a disposición de la EMPRESA todo el soporte técnico para que éste finalmente se adecuara al volumen de información que se requiere procesar, y a la compatibilidad con el Sistema de Información Comercial (SIC), para la cual se adquirió una tarjeta emuladora (IBM 3270), la cual fue instalada en la oficina del interventor.*

*En cuanto a los equipos de comunicación, la propuesta hace referencia a BEEPERS; no obstante, las condiciones de trabajo en terreno se mejoraban considerablemente, si a cambio, la comunicación se realizaba a través de radio, decisión que de inmediato fue adoptada por el CONSORCIO, en beneficio del contrato.*

*En el cuadro anexo 1 se indica la situación actual del contrato en cuanto a suministro de personal, dotaciones, equipos, herramientas y medios de comunicación se refiere, haciendo la comparación entre lo mínimo exigido en el pliego de condiciones ofertado y aceptado por la Empresa (sic), y lo que se encuentra en operaciones actualmente.*

*En cuanto a las obligaciones del Contratista (sic), la cláusula Tercera (sic) del Contrato (sic), preceptúa, entre otras: “El Contratista, en virtud del presente contrato, contrae para con la Empresa, las obligaciones derivadas del pliego de condiciones, la propuesta aceptada por la EMPRESA y el presente contrato”… “Las especificaciones de los trabajos de que habla el presente contrato, la propuesta aceptada y los pliegos de la licitación serán ejecutados por el CONTRATISTA, ciñéndose en todo al contrato y a las instrucciones impartidas por el Interventor o por las Dependencias encargadas para el efecto.”*

*Los compromisos y obligaciones adquiridos a través de los documentos de la licitación y del contrato, así como las recomendaciones del interventor, transcritas tal como lo indica la cláusula, han sido acatadas y cumplidas a cabalidad por el Consorcio, con nuestro mejor ánimo de colaboración.*

*De otra parte, es importante también analizar una serie de puntos de divergencia, en referencia a lo que se ha denominado por parte de la Interventoría como “orden especial”, las cuales han creado un gran traumatismo en la ejecución del contrato, por cuanto no han sido reconocidas por la Interventoría, por una interpretación acomodaticia del pliego y del contrato.*

*El Consorcio se ha visto abocado a realizar continuamente a lo largo del contrato, una serie de actividades que van ligadas a una orden de revisión rutinaria, que consideramos se salen de los parámetros normales establecidos dentro del contrato y el pliego, como actividad rutinaria para cualquier revisión integral.*

*Se ha trabajado y empleado recursos técnicos y administrativos para la ejecución de órdenes de Media (sic) y Baja (sic) Tensión (sic); pero que por causas ajenas al consorcio no se ha podido dar resultado definitivo, pero si se ha determinado las condiciones del equipo de medida en un 100% (sic), sin que la Empresa de Energía nos reconozca porcentaje alguno por estas actividades como sucede en los casos de T.C.C., tarjeta citación corrección, T.C.R., tarjeta citación retiro y T.C.A., tarjeta citación aforo; tal como se muestra en el anexo 2 de este comunicado.*

*Dentro del Pliego de Condiciones, se señala en el inciso 7 numeral 2 del artículo 22 “ALCANCE DE LOS SERVICIOS”: “Cuando lo exija la EMPRESA, la orden de servicio incluye las siguientes actividades especiales, que se pagarán como se estipula en la sección tercera:*

* *Retiro, cambio o instalación de equipos de medida o parte de ellos.*
* *Corrección de anomalías presentadas en los equipos de medida, sus conexiones y acometidas eléctricas.*
* *Aforo de carga instalada. (Es obligatorio el aforo al retiro, cambio o corrección de anomalías de equipos de medida).*
* *Instalación de registradores potencia.*
* *Si para ejecutar una orden de media tensión, se requiere suspender el servicio de energía, el Contratista (sic) realizará la maniobra respectiva en coordinación con el Centro de Control y el Interventor.*

*La norma en mención expresamente remite al pago de esas actividades especiales, a la Sección Tercera del Pliego de Condiciones, y en la misma se expresa claramente que esas actividades especiales tienen el mismo valor de una orden de revisión rutinaria.*

*Ahora bien, el artículo 2.10 del Pliego de SITUACIONES ESPECIALES preceptúa: “Si durante el desarrollo de los trabajos se presentan inconvenientes tales como: sitio obstruido, subestación inundada, instalaciones en mal estado y/o que ofrecen peligro, etc., se debe seguir el procedimiento establecido en la Sección de Revisión de Instalaciones Cuentas Especiales. En estos casos, la EMPRESA reconocerá el 30% (sic) del valor de la orden y coordinará a través del Departamento de Seguridad Industrial la normalización o corrección de la situación presentada, para así proceder a efectuar la respectiva revisión y presentar el correspondiente informe”*

*De la norma transcrita, se deduce que se pueden presentar diferentes inconvenientes durante el desarrollo del contrato y la forma como esos inconvenientes se reconocerán por parte de la Empresa (sic). La presentación de las situaciones especiales se encuentra hecha de manera enumerativa y no taxativa, por lo tanto, puede tratarse de las situaciones allí enumeradas, u otras, las cuales nunca se han definido por parte de la Empresa (sic), pero que efectivamente se ha presentado durante el transcurso del contrato.*

*Nótese cómo (sic) a lo largo del Pliego de Condiciones, se mencionan con diferentes calificativos las situaciones llamémoslas “anormales”, a que se puede ver abocado el contratista durante la ejecución normal de su trabajo. Dentro del mismo, no hay una congruencia respecto a la denominación que se le da a ese tipo de actividades, por cuanto algunas veces se les denomina “situaciones especiales “, en otras “órdenes especiales” o “actividades especiales”. Lo cierto es que sí las contempla expresamente.*

*Por lo anterior, lo importante es que se le dé una interpretación adecuada y armónica al Pliego de Condiciones para que se definan cuáles son las circunstancias que van a ser reconocidas por parte de la empresa.*

*Para llegar a una solución satisfactoria del punto anterior, solicitamos una interpretación diferente a las partes que han intervenido en él. (Por ejemplo, el Departamento Jurídico de la Empresa de Energía)*

*Hemos querido hacer referencia a este punto, por cuanto la Interventoría no ha negado en forma sistemática dichos reconocimientos, sin ningún sustento legal, sino con apreciaciones técnicas de su parte, por lo que sentimos que ha habido, de parte de la Empresa (sic), un desconocimiento sobre los alcances del Pliego de Condiciones.*

*Finalmente, y teniendo en cuenta todas las consideraciones analizadas anteriormente, queremos acogernos a la cláusula DÉCIMO TERCERA del contrato, que se refiere a los CAMBIOS en las siguientes condiciones: “Durante la ejecución del contrato, la Empresa (sic) podrá ordenar por escrito, cambios o modificaciones en el alcance de los servicios dentro del objeto general del contrato (…) para que el contratista tenga derecho a que la Empresa (sic) considere cambios propuestos por él, someterá éstos junto con los estudios correspondientes y la explicación de las causas que los justifiquen, con la debida anticipación (…)”. Además de los principios generales establecidos en la ley 80 de 1993.*

*Del estudio realizado al contrato, se pueden desprender las siguientes conclusiones:*

1. *El alcance del objeto del contrato 6403 ha sufrido algunas modificaciones y por ende es susceptible de un CAMBIO (sic) por parte de la Empresa (sic), pues el suministro del personal, recursos y herramientas materiales, medios de comunicación y actividades propuestas para la ejecución de las órdenes de revisión y servicio integral, superan las condiciones mínimas de la Sección II del Pliego de Condiciones.*
2. *Las cláusulas Segunda y Décima del contrato no se encuentran ajustadas a la realidad, por los motivos enunciados.*
3. *Se hace necesario cambiar el alcance de los servicios del contrato 6403, que no modifican su objeto, sino por el contrario, garantizan su adecuado cumplimiento, en el sentido de incluir las actuales condiciones del mismo en lo que se refiere al personal, equipo, herramientas, dotación, etc.*
4. *Para proceder al cambio del alcance del objeto del contrato, se somete a consideración de la Empresa (sic) al análisis llevado a cabo en este estudio, junto con el anexo 1 que hace parte de esta comunicación, con el fin de que sea tomada como documento del contrato.*
5. *Es importante que se haga una interpretación adecuada del Pliego de Condiciones, en cuanto hace relación a las situaciones especiales a que se ve abocado el contratista en su trabajo, la forma de reconocerlas, y cuáles son expresamente. (…)”*

* Anexo 1 adjunto a la anterior comunicación[[23]](#footnote-23), el cual incluye un cálculo del valor, según el demandante, de los presuntos sobrecostos, estableciendo que la diferencia total, entre el precio ofertado y el precio real, es $107.033.319.
* Copia auténtica de la Escritura Pública No. 5.356 de diciembre diez (10) de mil novecientos noventa y seis (1996)[[24]](#footnote-24), por la cual el representante legal del consorcio demandante protocolizó el documento de fecha 20 de agosto de 1996, radicación 305002, presentado ante la Empresa de Energía de Bogotá D. C., para efectos del silencio administrativo positivo, al no existir notificación alguna de respuesta, dentro de los 3 meses siguientes.
* Comunicación del 28 de julio de 1997[[25]](#footnote-25), radicada el 11 de agosto del mismo año, por la cual, el representante legal del consorcio accionante, presentó a consideración de la entidad contratante, análisis sobre la ejecución del contrato 6403, en donde afirmó que se le generaron sobrecostos, advirtiendo un desequilibrio económico del contrato, y reiterando los mismos supuestos contenidos en la comunicación del 20 de agosto de 1996, anteriormente transcrita, sobre la configuración del silencio administrativo positivo. Adicionalmente, adjuntó una evaluación de los sobrecostos causados, copia del contrato de leasing No. 116 de una camioneta; actas de interventoría firmada por ambas partes, de fechas 16 y 24 de noviembre de 1995 y 6 de febrero de 1996; copia del acta de compromiso del 6 de octubre de 1995; copia del acta de reunión del 28 de noviembre de 1996; copia de la comunicación presentada el 6 de noviembre de 1996, en donde se comunicó el aumento en el costo del día hábil de cuadrilla para operativos especiales; copia de la comunicación de fecha 25 de noviembre de 1996, por medio de la cual transcribe el esquema de trabajo acordado en la última evaluación efectuada con la Interventoría, y manifestó la aceptación del precio por cuadrilla día-hábil; y facturas cambiarias en las que constan equipos de medición, materiales y herramientas por parte del contratista.[[26]](#footnote-26)
* Decisión de Gerencia No. 3058 del 31 de octubre de 1997 por medio del cual se revocó un acto administrativo presunto.[[27]](#footnote-27)
* Comunicación de fecha 31 de octubre de 19997 por la cual el Gerente General de la entidad contratante, dio respuesta al escrito del contratista radicado el día 1º de agosto de 1997, número 039732[[28]](#footnote-28):

*“(…) Como es de su conocimiento las diferentes situaciones ocurridas durante la ejecución del contrato, llevaron a las partes a suscribir un acta de modificación al contrato 6403, de fecha 17 de marzo de 1997 la cual contempla el estado de conformidad del contratista con el contrato y con la Empresa (sic), quedando de esta forma resueltas y subsanadas todas las inquietudes surgidas en el desarrollo del citado contrato. (…)*

* Decisión de Gerencia No. 0013 de 3 de febrero de 1998 por medio del cual se liquidó unilateralmente el contrato 6403 y se concluyó que no existían saldos pendientes a favor del contratista.[[29]](#footnote-29)
* Dictamen pericial rendido el 7 de junio de 2005[[30]](#footnote-30) y su aclaración presentada el 13 de diciembre del mismo año[[31]](#footnote-31).

1. **Caso concreto**

Previo a desatar el recurso de apelación formulado por la parte demandante, es menester mencionar que, dentro del marco de competencia funcional de la Subsección, para decidir la controversia en segunda instancia, la Sala se circunscribirá a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados en el recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso:

*“Artículo 328.* ***Competencia del superior****. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. (…)”*

Ahora bien, el recurrente en la apelación adujo que el silencio administrativo positivo no había sido tenido en cuenta por el *a quo*, por lo que la Sala procederá a su estudio.

* 1. **El silencio administrativo positivo en materia contractual**

El artículo 41 del Código Contencioso Administrativo, señala sobre el silencio administrativo positivo lo siguiente:

*“Artículo 41.* ***Silencio positivo.*** *Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva (…)”.*

Por su parte, el artículo 25 numeral 16 de la ley 80 de 1993, dentro del marco del principio de economía que orienta la contratación estatal, prescribe:

*“****16.*** *En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley”.*

Igualmente, de manera expresa, el Decreto 679 de 1994, en su artículo 15 preceptuó sobre el silencio administrativo positivo en materia contractual lo siguiente:

*“Artículo 15.* ***Del silencio administrativo positivo****. De conformidad con el artículo 25, numeral 16, de la ley 80 de 1993, las solicitudes que presente el Contratista en relación, con aspectos derivados de la ejecución del contrato y durante el período de la misma, se entenderán resueltas favorablemente a las pretensiones del contratista si la entidad estatal contratante no se pronuncia durante de los tres (3) meses a la fecha de presentación de la respectiva solicitud.”*

Acorde con lo anterior, para la configuración de un acto ficto positivo, se ha señalado por esta Sección la existencia de los siguientes requisitos concomitantes: a) la solicitud debe ser presentada por el contratista, b) ante la administración, c) durante la ejecución del contrato, y d) cumpliéndose un lapso tres (3) meses sin respuesta alguna.[[32]](#footnote-32)

Sin embargo, dicha norma no contempla toda la estructura jurídica formal y material del silencio administrativo, toda vez que una buena parte de su regulación se mantiene en el Código Contencioso Administrativo, al cual se debe acudir, por aplicación del inciso segundo del art. 1, que dispone:

*“Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por estas; en lo previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles.”*

Sobre cada uno de los mencionados requisitos, esta Sección tuvo la oportunidad de pronunciarse de la siguiente manera:

*“En virtud del primer requisito, la solicitud la debe “presentar el contratista”, lo que parece obvio, aunque sólo en forma aparente, porque en realidad eso no lo establece el art. 25.16 de la ley 80. Lo que dispone es que “las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato…” si la entidad no se pronuncia en 3 meses se configura el silencio positivo, y resulta que en esa etapa perfectamente pueden formular peticiones, relacionadas con el contrato, la compañía de seguros que ampara al contratista, otras entidades estatales o los ciudadanos –por ejemplo, las veedurías, y en general cualquiera persona-. De entenderse literalmente la norma, toda petición en esta etapa, sin importar de quien provenga, produciría el silencio positivo.*

*Sin embargo, el art. 15 del decreto reglamentario citado, interpretando correctamente el espíritu de la ley, establece que la solicitud debe provenir del contratista, para que, eventualmente, produzca el silencio positivo. La Sala comparte este criterio, porque es razonable y consulta el sentido natural de la norma. Por tanto, otra solicitud, en caso de mora de la administración en responderla, dará lugar a que se configure el silencio administrativo negativo, que es la regla general que contempla el CCA.*

*El segundo requisito, establece que la solicitud se debe “presentar a la administración”, lo que parece obvio, porque así lo establece, expresamente, el art. 25.16 de la ley 80, y también su decreto reglamentario. Por tanto, las peticiones, reclamaciones u observaciones que también suele presentar el Estado al contratista, por distintas razones derivadas de la celebración del contrato, no configurarán este silencio, y ni siquiera el negativo, simplemente porque este régimen no cubre las respuestas que también debe dar el contratista a las comunicaciones de la entidad.*

*Se trata de un sistema jurídico diferencial, donde el Estado, como parte del contrato, tiene una carga mayor que la del contratista, como integrante del negocio jurídico; estableciendo la ley un beneficio exclusivamente para éste.*

*El tercer requisito exige que la petición se presente durante la ejecución del contrato, y excluye la configuración de esta modalidad de silencio frente a las solicitudes presentadas durante las etapas pre-contractual, de perfeccionamiento del contrato y de liquidación[[33]](#footnote-33). En estos tres casos, el silencio que se configura ante una petición es el negativo –en el evento de no responderse-, pasados 3 meses de presentada la petición, por aplicación del art. 40 del CCA.[[34]](#footnote-34), pues no existiendo norma especial en la ley 80 que regule estos supuestos, entonces rige este código.*

*En estos términos, la ley 80 restringió a una etapa muy precisa del iter contractual la posibilidad de que se configure el silencio positivo, momento cuya existencia tiene variables que afectan su concreción, sobre lo que existe discrepancia en el caso concreto, pues mientras el a quo consideró que el contrato no estaba en ejecución –y por eso no se configuró el silencio positivo-, el Ministerio Público estimó que sí; por eso la Sala debe resolver esta diferencia.*

*Pero antes de analizar ese aspecto es importante considerar que lo determinante para el artículo 25.16 no es tan solo que se esté en la etapa de ejecución, sino que la petición se presente durante ella, sin importar cuándo se resuelva o deba resolver. En estos términos, lo definitivo es la presentación de la solicitud, no la fecha o momento de la respuesta. En tal sentido, dispone claramente la norma que “las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato…” son las que tienen la posibilidad de configurar este silencio, haciendo abstracción de la etapa en la cual se respondan.*

*(…)*

## *El cuarto requisito que establece la ley, destacado atrás, exige de la administración responda oportunamente la petición, plazo sobre el cual se justifica hacer una precisión adicional.*

## *Se suele entender que ese término es de 3 meses, lo que es incorrecto, pues éste es el que prevé la ley para que se configure el silencio, no el plazo de respuesta a la petición. En efecto, el numeral 16 citado dispone: “En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo…”*

## *Es claro que esta norma no establece un plazo de respuesta, sino de configuración del silencio positivo, es por esto que el plazo para decidir, a falta de norma especial, es el previsto en el Código Contencioso Administrativo, esto es: 10, 30 o 15 días, según que la petición consista, respectivamente, en: una solicitud de copia de documentos[[35]](#footnote-35), o una consultas[[36]](#footnote-36) o una petición distinta a las anteriores[[37]](#footnote-37).*

## *Ahora bien, entre el “plazo para responder” y el “plazo para decidir” existen diferencias importantes. El primero alude al término con que cuenta la administración para atender la petición; el otro parte de la existencia de la mora en decidir, pero para no dejar que los ciudadanos aguarden indefinidamente la respuesta, la ley estableció un momento a partir del cual se entiende que lo pedido se concede o se niega, según el caso.*

*Por tanto, el término previsto en el art. 25.16 de la ley 80 no es el de respuesta a la petición formulada durante la ejecución del contrato, sino el plazo para que se configure el silencio administrativo positivo****.****”[[38]](#footnote-38)*

No obstante lo anterior, la configuración del acto ficto o presunto derivado de la omisión de dar respuesta por parte de la entidad contratante, posee un fundamento material, y no se reduce al transcurso del tiempo sin respuesta, ni a la protocolización mencionada por el artículo 42 del Código Contencioso Administrativo[[39]](#footnote-39).

La jurisprudencia de esta Corporación, en diversos pronunciamientos[[40]](#footnote-40), ha considerado que las pretensiones consignadas en la solicitud presentada por el contratista, deben contener, implícitamente, el derecho constitutivo del contratista; por lo tanto el fundamento material del silencio administrativo positivo es un derecho subjetivo preexistente a favor del contratista, pues, se trata de una situación jurídica anterior, que con posterioridad a la respuesta se formaliza o se declara la aprobación o autorización para realizar algo que guarda una relación directa con la actividad contractual.

Sobre el particular, se ha reiterado:

*“Sobre la ocurrencia del silencio administrativo positivo en relación con peticiones de reconocimiento de costos adicionales durante las suspensiones. La parte actora alegó la ocurrencia del fenómeno del silencio administrativo positivo a partir de las peticiones radicadas los días 12 y 13 de febrero de 1997 ante el interventor del contrato, con el fin de obtener el reintegro y pago de costos en los cuales alegó incurrir durante las tres suspensiones de obra. (…) De conformidad con el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el silencio administrativo positivo en estos casos requiere el cumplimento de los requisitos siguientes (…) Que el contratista presente una solicitud ajustada a derecho (…) Que se presente en el curso de la ejecución del contrato (…) La entidad estatal no se pronuncie sobre la petición dentro del término de 3 meses, contados a partir de la fecha de presentación (…) para que se deduzca realmente que la omisión de respuesta por parte de la entidad estatal contratante, en el término legal de tres meses seguidos a la petición del contratista, constituye silencio positivo, debe tenerse en cuenta que el contratista tenga derecho desde antes a la respuesta expresa afirmativa a su petición. Es decir, que tenga una situación o una relación jurídica anterior, que luego, con la respuesta se formaliza o se declara la aprobación o autorización para hacer algo (…) cuando la petición, como en este caso, se refiriera o verse sobre el restablecimiento financiero del contrato o para el pago de una suma de dinero o de otros pagos a los que el contratista cree tener derecho, tampoco la omisión de respuesta constituiría silencio administrativo positivo y mucho menos la omisión configuraría título ejecutivo.”[[41]](#footnote-41) (Subrayado fuera del texto)*

Lo anterior, bajo el entendimiento que los derechos subjetivos, *“nacen por el cumplimiento de los supuestos fácticos de las normas que los consagran; no nacen del incumplimiento del deber de resolver las peticiones a cargo de la Administración.”[[42]](#footnote-42)*

La Sala considera, que mediante el silencio administrativo positivo no es posible sustituir los medios establecidos por la ley para lograr el acuerdo de voluntades requerido o la solución de la controversia, como se puede observar de la lectura de los artículos 27 y 60 inciso 2º de la ley 80 de 1993. El primero, referente al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, y, el segundo, a las transacciones que pueden tener lugar en la etapa de liquidación del contrato.

En el *sub examine*, es evidente que de la petición de restablecimiento de la ecuación contractual formulada por el consorcio demandante el veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996), no puede devenir aceptada presuntamente ante la omisión de pronunciamiento alguno por parte de la administración.

En primera medida, porque guarda relación directa con el restablecimiento económico perseguido por el consorcio demandante, y lo pretendido en la mencionada solicitud constituía, como consideró el *a quo*, una propuesta de modificación del contrato en aras de restablecer el equilibrio económico del contrato, con el argumento que, las cláusulas segunda y décima del negocio jurídico, no se ajustaban a la realidad y además, superaban las condiciones mínimas de la Sección II del Pliego de Condiciones, y de contera sustentó la necesidad de cambiar el alcance del objeto contractual.

Por los anteriores motivos, se tiene que las pretensiones formuladas en la aludida petición, no corresponden a derechos subjetivos preexistentes, cuya titularidad se encontraba en cabeza del contratista. *A contrario sensu*, hay certeza que existía la intención del consorcio de llegar a un acuerdo para realizar la modificación del contrato, y por ende, siguiendo la jurisprudencia reiterada de esta Sección, no puede entenderse configurado el silencio administrativo positivo sobre dichas solicitudes.

Para ahondar en argumentos, el artículo 27 de la ley 80 de 1993, señala lo siguiente:

*“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. (…)” (Subrayado fuera del texto)*

Por tal motivo, durante la ejecución del contrato, las partes de manera expresa, clara e inequívoca adoptarán las medidas necesarias para restablecer el equilibrio económico del contrato, para lo cual suscribirán acuerdos sobre las cuantías, descartándose así, que mediante el silencio administrativo positivo se logre dicho fin, sino que, se itera, debe existir un acuerdo de voluntades de las partes del negocio jurídico.

A igual razonamiento se llega de la lectura de la cláusula décimo tercera del contrato, esto es, que, de acuerdo con la voluntad de las partes plasmada en el contrato, este no admite modificaciones derivadas de actos fictos o presuntos, sino que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pactaron en el clausulado un procedimiento para formalizar modificaciones al contrato, a partir de cambios propuestos por el contratista.

Seguidamente, el apelante censuró de la sentencia de primera instancia, el no haber tenido en cuenta el dictamen pericial allegado al plenario, el cual no fue objetado por las partes, constituyéndose así en plena prueba de los sobrecostos y perjuicios causados a la parte accionante.

La anterior aseveración no encuentra asidero en el proceso, pues, de la simple lectura del fallo impugnado, se observa que el fallador de primera instancia tuvo como fundamento para llegar a desestimar las pretensiones el dictamen pericial allegado.

El mencionado medio de prueba, dicho sea de paso, será desestimado por la Sala teniendo en cuenta la ausencia de explicaciones sobre la metodología, los procedimientos y las herramientas que condujeron a las conclusiones descritas, y de soportes documentales o aún testimoniales de las mismas, *máxime* cuando en el dictamen no se aporta documento alguno en que constaran las actividades individuales y específicas ordenadas por la entidad contratante, y se reduce a describir ciertos eventos hipotéticos, que para el perito podían interpretarse como costos no recuperables, que en todo caso no se encuentran constatados ni verificados durante la ejecución del contrato 6403.

Respecto al interrogatorio de parte[[43]](#footnote-43), de su lectura, es evidente para la Sala que no demuestra en todo en parte las afirmaciones realizadas por el accionante en el libelo introductorio y dicho sea de paso, si la parte accionante tuvo algún reproche al respecto, debió formularlo en la debida oportunidad procesal.

Ahora bien, la Sala procederá a determinar sí los hechos alegados en la demanda constituyeron un desequilibrio económico del contrato de acuerdo con los medios probatorios allegados, legal y oportunamente al proceso, los cuales serán apreciados en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica.[[44]](#footnote-44)

En primera medida, respecto del incremento de personal y dotación de equipos y herramientas, el contrato 6403, en la cláusula primera, tenía como objeto el suministro de personal calificado, de equipos necesarios, y de materiales para la prestación de servicios en el control de cuentas especiales, mediante veintitrés mil (23000), órdenes de revisión y servicio integral.

Sobre el alcance de los mencionados servicios, la cláusula segunda del contrato señaló que estos incluyen el suministro de personal calificado, de recursos, herramientas, materiales y actividades propuestas, adecuadas para la ejecución de las órdenes de revisión y servicio integral y requerimientos especificados en la Sección II del pliego de condiciones.

En la cláusula décima del contrato, se estipuló que el suministro de personal, equipos, herramientas, medios de transporte y materiales son los mismos de la propuesta aceptada y aprobados durante la evaluación técnica.

Y en la cláusula sexta del cuerpo contractual, se pactó la revisión mensual del cronograma, entre el contratista y el interventor, de acuerdo con el desarrollo de las operaciones y el sometimiento a las modificaciones y ajustes, según la necesidad del servicio. A renglón seguido, se acordó: “*Si a juicio del Interventor el CONTRATISTA esta (sic) retrasado en su programa, o el servicio no se puede realizar dentro del horario normal de trabajo, este deberá tomar las medidas necesarias que indique la Coordinación (sic) del contrato para acelerar el ritmo de los servicios, tales como aumento de personal, de equipos, trabajos en horas extras o días festivos, etc., sin que esto represente costo adicional para la EMPRESA”.*

Además de lo anterior, en la cláusula tercera del contrato, el contratista reconoció haber estudiado todos los factores que podían influir en el desarrollo y ejecución de los trabajos.

Acorde con las actas de interventoría del 16 y 24 de noviembre de 1995, y la calendada 6 de febrero de 1996, se encuentra probado que de las 5750 órdenes de servicio que debía efectuar el contratista en el primer semestre del contrato, solo había cumplido con 2941 órdenes efectivas, por lo que el contratista presentó un atraso respecto del cronograma propuesto inicialmente, y por tal motivo, el contratista debía adelantar en lo sucesivo, diversas acciones, entre las cuales se incluían garantizar en forma permanente un número de cuadrillas superior a once (11), de las cuales mínimo cinco (5) estaban dedicadas a cumplir órdenes en media tensión.

Por los anteriores hechos, considera la Sala, que no se constituyó un desequilibrio económico imputable a la entidad contratante, sino que la interventoría, dentro del marco del alcance de los servicios contratados, se limitó a controlar y supervisar el avance del contratista de acuerdo al cronograma pre establecido, y las medidas tomadas, fueron consecuencia del atraso del contratista en aras de garantizar la ejecución del contrato.

Se reitera, que el aumento de cuadrillas requerido por la interventoría, tuvo como causa el retraso en el cumplimiento de las metas mensuales de órdenes de revisión de cuentas especiales, estando así conforme con lo pactado en el contrato, e igualmente la parte demandante no probó la incidencia grave y ostensible, como consideró el *a quo*, sobre la economía del contrato.

En lo concerniente a la adecuación del software requerido para el procesamiento de la información, se desprende de los medios de convicción allegados al plenario, y en especial lo manifestado por el contratista en la comunicación del 20 de agosto de 1996 y las actas de interventoría, que el consorcio demandante adoptó e implementó un software no exigido por la entidad contratante, ni estipulado como obligación del contratista en el texto contractual.

En efecto, de la lectura del contrato se observa, que en ninguna de las partes se estableció un software específico, con determinadas características, sino que se trataba de un aspecto asignado a libertad del contratista, por medio del cual este seleccionaría el software más adecuado para la labor contratada, de acuerdo con su conocimiento y experiencia.

Ahora bien, como tercer aspecto según el cual el contratista señaló que hubo desequilibrio económico del contrato, es el referente al cambio de los equipos de comunicación de beepers a radios.

En este sentido, la Sala tampoco observa desequilibrio económico del contrato, toda vez que dicho cambio en los equipos de comunicaciones, se debió a la necesidad de la prestación eficiente y ágil del servicio, en cumplimiento del objeto contractual, como se observa de lo manifestado por el mismo contratista, en la comunicación del 20 de agosto de 1996, es decir, que el cambio obedeció a las necesidades mismas del objeto contractual, propuesto y adoptado por el mismo contratista.

Sobre las órdenes especiales y su remuneración, la parte accionante no demostró, ni en el dictamen pericial se suministraron, las actividades individuales y específicas ordenadas por la entidad contratante que constituían órdenes especiales, y cuya remuneración no hubiera sido la correcta.

Así, la parte demandante, debió acreditar, de forma específica, las actividades desarrolladas cuyas características fueran de ser actividades especiales, y la afectación a la economía del contrato.

Por último, el contratista consideró que el cambio de esquema introducido por el contrato modificatorio, generó -para el contratista- sobrecostos en la medida en que se ordenó el desmonte del esquema existente, materializado esencialmente en el pago de cánones de arrendamiento financiero (leasing), tiempo de labor extra de las cuadrillas dedicadas a las prelecturas, con el correspondiente recargo del 25 % sobre el salario de un día ordinario de labores, la capacitación adicional de personal, entre otros.

Para que sea procedente el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, la parte afectada, deberá demostrar, además del menoscabo anormal y grave, las reclamaciones realizadas de manera oportuna.

Al respecto, esta Subsección, consideró:

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

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

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

*Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como ya se dijo y ahora se reitera, la buena fe contractual, que es la objetiva, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia” [[45]](#footnote-45) (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”[[46]](#footnote-46).*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala reitera que las partes al momento de suscribir suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, entre otros, deben formular las salvedades u objeciones que consideren pertinentes, *so pena* de inferirse su conformidad con lo pactado, por ende, *“no pueden después venir a formular esas mismas reclamaciones en el acta de liquidación bilateral, pues si no fueron presentadas en su oportunidad ya en sede de liquidación final del contrato se estima que también son extemporáneas.”[[47]](#footnote-47)*

En reciente pronunciamiento, esta Subsección señaló:

*“Con otras palabras, se considera que la suscripción de contratos adicionales, modificatorios, otrosíes, suspensiones, actas, etc., en la ejecución del contrato son etapas preclusivas en las cuales sí las partes no formulan salvedad, reclamación u objeción alguna, en virtud del principio de buena fe se presume que el equilibrio económico del contrato se ha restablecido.*

*En éste orden de ideas, cuando no se presentan reclamaciones, objeciones o salvedades en ninguna de éstas etapas preclusivas y luego se formulan en el acta de liquidación bilateral, únicamente serán procedentes aquellas salvedades relativas a hechos posteriores a la última adición, modificación, suspensión o acuerdo que se haya suscrito entre las partes antes de llevar a cabo la liquidación bilateral, o aquellas que se generen al momento de la liquidación bilateral.”[[48]](#footnote-48)*

Le asiste razón al Tribunal de primera instancia al no declarar probado el desequilibrio económico del contrato, en vista que el contratista, al momento de suscribir el acta modificatoria del contrato del diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997), no realizó salvedad u objeción alguna, y como se adujo *ad supra*, la oportunidad para dejar tales constancias es preclusiva, y éstas debieron hacerse en el momento en que suscribió el acta modificatoria del contrato.

Por último, el recurrente adujo que en varias oportunidades hubo solicitud a la parte demandada de la remisión de los pliegos de condiciones del contrato celebrado entre las partes, señalando que existió mala fe para su envío; sobre el particular considera la Sala, que si bien no se allegó el pliego de condiciones mencionado por el apelante, lo cierto es que este pudo ser aportado oportuna y regularmente por la parte demandante, toda vez que era a esta a quien correspondía probar los supuestos de hecho del desequilibrio económico alegado.

Y sobre el mismo aspecto, señaló que el *a quo* desestimó las pretensiones por haber sido allegados en copias simples documentos auténticos que debía allegar la demandada; para la Sala tal aseveración no tiene respaldo alguno y se considera que el accionante se limitó a allegar copias de los documentos contables que se reducen a listados de actividades anotando al frente de cada una la denominación de TCA, TCR, TCC, etc., sin respaldar tal información con medio probatorio alguno que permitiera concluir que la actividad fue desarrollada en dichas condiciones y que la entidad no remuneró de manera correcta tales servicios.

Por los anteriores asertos, se procederá a confirmar la sentencia proferida el treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009), por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A.

1. **Condena en costas**

De conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, no habrá lugar a condenar en costas, en cuanto no se evidencia que la parte haya actuado con temeridad o mala fe.

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

**F A L L A**

**PRIMERO: Confirmar** la sentencia proferida el treinta (30) de abril de dos mil nueve (2009), por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, por las razones expuestas en la presente providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas.

**TERCERA:** 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**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

**Presidenta de la Sala**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Magistrado**

1. Folio 104 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 129 a 138 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 141 y 142 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 167 a 171 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 293 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 295 a 299 y 300 a 305 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 327 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 328 a 363 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 365 a 369 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 371 a 407 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 414 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 416 y 417 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 422 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 423 a 425 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 431 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 433 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 434 a 436 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 453 y 454 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-18)
19. La pretensión mayor al momento de la presentación de la demanda asciende a $466.703.850. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folios 64 a 68 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 69 y 70 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folios 13 a 18 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folios 19 a 21 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-23)
24. Folio 12 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-24)
25. Folio 28 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folios 137 a 151, 122 a 127, 128 y 129, 130 a 132, 135, 136 y 152 y subsiguientes, respectivamente del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folios 6 a 11 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folios 2 y 3 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-28)
29. Folio 14 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-29)
30. Cuaderno 4. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folios 312 a 324 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del veintiuno (21) de febrero dos mil once (2011). Radicación: 17555. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-32)
33. Esta Sección ha sostenido invariablemente esta tesis, entre muchas otras sentencias en la de 7 de octubre de 1999 –exp. 16.165-, donde expresó: “Se destaca de la ley que el silencio u omisión de la Administración Contratante respecto de las peticiones del contratistas **por fuera del término de ejecución contractual**, de otra parte, no originan presunta respuesta positiva. Recuérdese que la ley condicionó la formulación de la petición a que se haga dentro “***en el curso de la ejecución del contrato”.*** [↑](#footnote-ref-33)
34. En el mismo sentido la sentencia de esta misma Sección de 16 de febrero de 2001 –exp. 18.063-: “Es cierto que el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, dispone que en las solicitudes que se presenten en la ejecución del contrato, si la entidad no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Sobre el particular, la norma es aplicable a las diferencias presentadas dentro de la ejecución del contrato y con ocasión de su desarrollo. En cambio, en el caso sub examine el contrato había sido ejecutado, las obras entregadas y en fase de liquidación.”

    Igualmente en el auto de diciembre 13 de 2001 –exp. 19.818- “b) Sin perjuicio de lo anterior, es especialmente relevante para el caso advertir, que las peticiones respecto de las cuales la entidad demandante pretende la ejecución del silencio administrativo positivo, fueron elevadas por ésta a la entidad demandada luego de que tuviera lugar la ejecución de los respectivos contratos, según aparece expresamente consignado en la segunda de las declaraciones que contiene la respectiva escritura pública de protocolización (fl. 3 vlto. y 4 cdno. 1), circunstancia bajo la cual no tiene aplicación la figura jurídica que sobre el particular consagra el numeral 16 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, ya que el silencio administrativo positivo establecido en dicha norma se predica respecto de las peticiones que los contratistas dirigidas a las entidades estatales ‘**en el curso de la ejecución del contrato’**, mas no frente a toda clase de solicitudes, como ocurre en el presente caso, en donde las peticiones de Coopguanentá Ltda. fueron presentadas con posterioridad a dicha ejecución.”

    “*Art. 40.* ***Silencio negativo****. Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa.*

    *“La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto.”* [↑](#footnote-ref-34)
35. “Art. 25. Las peticiones a que se refiere el artículo 12 de la presente Ley deberán resolverse por las autoridades correspondientes en un término máximo de diez (10) días. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada. En consecuencia, el correspondiente documento será entregado dentro de los tres (3) días inmediatamente siguientes.

    “El funcionario renuente será sancionado con la pérdida del empleo.” [↑](#footnote-ref-35)
36. “Art. 25. CONSULTAS. El derecho de petición incluye el de formular consultas escritas o verbales a las autoridades, en relación con las materias a su cargo, y sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales.

    “Estas consultas deberán tramitarse con economía, celeridad, eficacia e imparcialidad y resolverse en un plazo máximo de treinta (30) días.

    “Las respuestas en estos casos no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.” [↑](#footnote-ref-36)
37. “Art. 6. **Término para resolver.** Las peticiones se resolverán o contestarán dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo. Cuando no fuere posible resolver o contestar la petición en dicho plazo, se deberá informar así al interesado, expresando los motivos de la demora y señalando a la vez la fecha en que se resolverá o dará respuesta.

    “Cuando la petición haya sido verbal, la decisión podrá tomarse y comunicarse en la misma forma al interesado. En los demás casos será escrita.” [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del veintiuno (21) de febrero dos mil once (2011). Radicación: 17555. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. [↑](#footnote-ref-38)
39. Artículo 42. ***Procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo.*** *La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 5º, junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto.*

    *La escritura y sus copias producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así. Para efectos de la protocolización de los documentos de que trata este artículo se entenderá que ellos carecen de valor económico.* [↑](#footnote-ref-39)
40. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999). Radicación: 16165. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del doce (12) de diciembre de dos mil uno (2001). Radicación: 5200123310001999113901(17938). Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del trece (13) de diciembre de dos mil uno (2001). Radicación: 6800123150002000090001(19818). Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del siete (7) de marzo de dos mil dos (2002). Radicación: 7600123310002000275701(20823). Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013). Radicación: 25000232600020010211801(25199). Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de marzo de 1996, expediente 10992, C.P. Juan de Dios Montes Hernández. Sentencia del 12 de mayo de 2010, expediente 37446, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-40)
41. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del tres (3) de octubre de dos mil doce (2012). Radicación: 85001233100020000004101(23400). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-41)
42. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999). Ibídem. [↑](#footnote-ref-42)
43. Folios 219 a 221 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-43)
44. Artículo 176 del Código General del Proceso. ***Apreciación de pruebas.*** *“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. (…)”* [↑](#footnote-ref-44)
45. 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-45)
46. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 16 de octubre de 2014, Expediente 24.809 [↑](#footnote-ref-46)
47. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del primero (1) de julio de dos mil quince (2015). Radicación: 50001233100019970631901 (37613). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-47)
48. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del primero (1) de julio de dos mil quince (2015). Ibídem. [↑](#footnote-ref-48)