

DANIEL EDUARDO ROJAS POVEDA

**LA OPORTUNIDAD PARA ELEVAR RECLAMACIONES POR
DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL**

**APLICACIÓN DE LA BUENA FE Y DE LOS ACTOS PROPIOS BAJO LA
JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO**

**(Maestría en Derecho Privado, Persona y Sociedad con énfasis en
Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado)**

Bogotá, D.C., Colombia

2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO, PERSONA Y SOCIEDAD CON
ÉNFASIS EN RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y
EXTRA CONTRACTUAL CIVIL Y DEL ESTADO

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hinestroza Rey**

Decana Facultad de Derecho: **Dra. Adriana Zapata Giraldo**

Director Departamento

Derecho Civil: **Dr. Felipe Navia Arroyo**

Director de Tesis: **Dr. José Félix Chamie Gandur**

Presidente de Tesis: **Dr. Felipe Navia Arroyo**

Evaluadores: **Dr. Diego Enrique Franco Victoria**
Dr. Juan David Gómez Pérez

AGRADECIMIENTOS

A mi mamá, mi papá y mi hermana, que representan la piedra angular de mi vida y me han mostrado desde siempre el largo camino para lograr algún día la excelencia académica y personal.

Al Dr. José Félix Chamie, por su importante acompañamiento en la dirección y orientación del presente documento.

A la Universidad Externado de Colombia, por descubrir en mí el gran amor por el Derecho y la Responsabilidad Civil.

A mi amigo Juan Miguel Álvarez, por sus significativos aportes académicos en la construcción de este Artículo.

**LA OPORTUNIDAD PARA ELEVAR RECLAMACIONES POR
DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL**

**APLICACIÓN DE LA BUENA FE Y DE LOS ACTOS PROPIOS BAJO LA
JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO***

**THE OPPORTUNITY TO CLAIM FOR THE ECONOMIC UNBALANCE OF
PUBLIC CONTRACTS**

**APPLICATION OF THE *GOOD FAITH* AND THE DOCTRINE OF *ONE'S
OWN ACTS* UNDER THE COUNCIL OF STATE'S CASE LAW**

DANIEL EDUARDO ROJAS POVEDA

SUMARIO: **1.** De la identificación de la línea jurisprudencial: ubicación del estado de la cuestión a la luz de las directrices dadas por el Consejo de Estado. **1.1.** Posición del tema: explicación preliminar a nivel legal y jurisprudencial. **1.2.** Tesis 1: La consignación de salvedades y/o reclamaciones económicas, debe hacerse al momento de suscribir prórrogas, suspensiones, contratos adicionales u otrosíes, so pena de transgredir el principio de la buena fe y de los actos propios. **1.3.** Tesis 2: La no consignación de salvedades y/o reclamaciones económicas por parte del contratista en la ejecución de contratos estatales, al momento de suscribir suspensiones, prórrogas, otrosíes o contratos adicionales, no significa renuncia al derecho y es viable la reclamación del perjuicio en un momento posterior. **1.4.** Tesis intermedia: El contratista no pierde su derecho a reclamar por el desequilibrio económico del contrato si no consigna sus reclamaciones durante la suscripción de prórrogas, adiciones,

* Artículo de investigación desarrollado como opción de grado en el marco del programa de Maestría en Derecho Privado, Persona y Sociedad con énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia; promoción: 2016 – 2017.

suspensiones u otrosíes; pero lo pierde, si no hace lo propio durante la suscripción del acta de liquidación por mutuo acuerdo con la Entidad Estatal. **2.** ¿Cuáles han sido las teorías argumentativas por las que ha optado el Consejo de Estado con relación al momento de reclamar salvedades por desequilibrio económico contractual? **2.1.** Del principio de la buena fe objetiva y del “deber” de información que le asiste al contratista en el marco de las relaciones jurídico negociales. **2.2.** “*Venire contra factum proprium non valet*”. **2.2.1.** ¿Qué derechos comporta la configuración del “*venire contra factum proprium non valet*”? **2.2.2.** De la doctrina alemana de la “*verwirkung*”. **2.3.** ¿Qué consecuencias se han derivado del establecimiento de esos límites? **2.3.1.** Creación de una presunción de mala fe frente a la conducta del contratista del estado. **2.3.2.** Inobservancia del principio de reparación integral - El factor de oportunidad se erige como un límite a la reparación del daño. **2.3.3.** Prevalencia del derecho formal sobre el sustancial - Hacia un uso exacerbado de la regla de oportunidad que deja en un segundo plano el reconocimiento de las garantías legales con las que cuenta el contratista para hacer valer su derecho. **2.3.4.** Restricción del derecho de acción frente al acceso a la administración de justicia - Inobservancia del restablecimiento de los intereses legítimos del contratista colaborador de la administración. **3.** Conclusiones. **4.** Anexo: Gráfica de la línea jurisprudencial. **5.** Bibliografía.

RESUMEN:

El Consejo de Estado ha desarrollado la regla conforme a la cual todas las reclamaciones que emanen del desequilibrio económico del contrato estatal deben hacerse al momento de suscribir documentos tales como prórrogas, suspensiones, contratos adicionales u otrosíes. De no ser así, se finiquitan los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores por resultar contrario al principio de la buena fe y a los actos propios¹.

¹ Sea lo primero indicar, que el desarrollo del presente artículo estará enmarcado en resolver y desarrollar los siguientes problemas jurídicos: ¿En el marco de la contratación estatal, un contratista que no ha manifestado la existencia del desequilibrio económico en los momentos establecidos jurisprudencialmente por el Consejo de Estado para el efecto, puede posteriormente exigir un

Teniendo en cuenta lo anterior, se pretende analizar la restricción en la forma de aplicar el principio de la buena fe, pues al privilegiarse escenarios concretos de reclamación por desequilibrios económicos se disminuye la posibilidad de lograr el reajuste del contrato y la consecuente reparación de un daño. Hacerlo en momentos distintos a los señalados atrás, no supone *per se* y en todos los casos, una violación del principio general de buena fe y a la regla “*venire contra factum proprium non valet*”, ni necesariamente un actuar desleal frente a las cargas recíprocas que genera el vínculo jurídico en un contrato conmutativo.

Palabras clave: Oportunidades para reclamar por desequilibrio económico en el contrato estatal, principio de buena fe, *venire contra factum proprium non valet*, prevalencia del derecho formal sobre el sustancial, principio de reparación integral.

ABSTRACT:

The Colombian Council of State has developed the rule whereby every single claim grounded on the economic unbalance of public contracts must be made by the contractor at the precise moment of entering into contractual documents such as extensions, suspensions, additions or amendments. If not, pending issues between the parties are deemed to be solved, and the contractor is banned from filing any claim in the future based on past circumstances, for doing so would violate the principle of *good faith* and the doctrine of *one's own acts*².

restablecimiento del mismo sin que con ello transgreda sus propios actos y el principio de la buena fe?; ¿Las reclamaciones que eleve el contratista por desequilibrio económico deben sujetarse a la formalidad prevista por el Consejo de Estado, so pena de transgredir el deber de información que le asiste a aquél?

² The development of this paper will be directed at solving the next legal problems: ¿In public contracts, if the contractor has not expressed an economic unbalance in the precise moment defined by the Council of State's jurisprudence, can he claim in the future for that unbalance to be fixed without transgressing his one's own acts and the principle of good faith; ¿The claims made by the contractor caused based on the economic unbalance of the contract must be connected with the formalities defined by the Council of State. If not, could he violate the duty to inform?

Taking this into account, this paper seeks to analyze the way in which the principle *good faith* can be applied, because by privileging certain sceneries of economic, the Council of State is in fact reducing the likelihood of obtaining the adjustment of the contract and the repair of the damage inflicted on the contractor. Claiming for the economic unbalance of the contract in moments different to the ones noted before, does not entail *per se* the violation of the principle of *good faith* and the rule “*venire contra factum proprium non valet*”, not even acting unfairly in face of reciprocal duties caused by legal relations in an agreement.

Key words: The opportunity to claim for the economic unbalance of public contracts, good faith principle, *venire contra factum proprium non valet*, substantive law prevalence, full compensation principle.

INTRODUCCIÓN:

Sabido es, por ser un imperativo legal y constitucional, que en las relaciones contractuales independientemente de las cláusulas que se pacten, las partes tienen el deber de obrar en cada una de las etapas del *iter contractual* con observancia de los postulados de la buena fe. Así lo ha reconocido también la jurisprudencia contenciosa, que con base en los parámetros que impone este principio ha elaborado en los últimos años algunas reglas que se antojan, por lo menos hasta nuestros días, como *sui generis* para la contratación pública. Dentro de estas reglas, una nos ha merecido especial atención, la cual se funda en “*observar cabalmente el deber de informar a la otra parte*” (perspectiva objetiva de la buena fe), y en el “*venire contra factum proprium non valet*”.

La regla en comento la ha desarrollado el Consejo de Estado sobre la base de que todas las reclamaciones que emanen del desequilibrio económico del contrato deben hacerse al momento de suscribir documentos tales como: prórrogas, suspensiones, contratos adicionales, otrosíes, etc. De no ser así, se finiquitan los asuntos pendientes para las

partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores, por resultar contrario a la buena fe y a la prohibición de ir contra los actos propios. Conforme a lo anterior, la presente investigación se circunscribe al estudio de los diferentes fallos emitidos por el Consejo de Estado en los que se ha intentado imponer como absolutas algunas reglas referentes a la oportunidad o procedimiento para la consignación de salvedades y/o constancias de insatisfacción por parte de los contratistas del Estado en el marco de la ejecución de contratos, especialmente en los de obra. En tal sentido, se considera pertinente poner de presente el estado de la cuestión a través de la estructuración de una línea jurisprudencial que permita evidenciar las posiciones asumidas por dicha Corporación a partir de los años 90's, y de forma correlativa visibilizar la tesis vigente frente a las exigencias de reclamar, en momentos determinados, compensaciones por desequilibrio económico del contrato estatal.

Con el fin de proceder con la explicación de la línea jurisprudencial, es necesario indicar que la estructuración de la misma se hizo con base en los parámetros que establece Diego López Medina en su libro "El Derecho de los Jueces" (Ver gráfica anexa); con base en lo anterior y para el caso en concreto, se implementó la técnica de la "ingeniería de reversa" y la "identificación del nicho citacional" de la sentencia "arquimedica", herramientas que serán explicadas en detalle más adelante.

Adicionalmente, la línea muestra una tesis que ha de denominarse "intermedia", dado que analiza providencias que resultan ser de las pocas que ponen de presente el momento último del cual gozan los contratistas para reclamar desequilibrios, es decir, hasta la suscripción del acta de liquidación. Dicha situación se encuentra respaldada por el derecho que se le confiere al contratista en virtud de lo expuesto por la Ley 1150 de 2007³, específicamente en lo descrito en el artículo 11 donde se establece categóricamente como un derecho para el mismo la posibilidad de consignar salvedades en ese escenario postcontractual.

3 "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos".

De igual forma se llamará la atención frente al vacío evidenciado en las providencias analizadas en la línea jurisprudencial, particularmente las señaladas tanto en la Tesis 1 como en la Tesis 2, pues en ninguna se hace un pronunciamiento concreto del derecho que le asiste al contratista de la administración de consignar su salvedad al momento de suscribir el acta de liquidación respectiva.

Así las cosas, se considera pertinente hacer el análisis de dichas referencias jurisprudenciales de cara al estudio que se adelanta con el fin de evidenciar el panorama integral del estado del arte en la jurisprudencia de la alta Corporación, bajo las tesis que se relacionan a continuación:

1. DE LA IDENTIFICACIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL: ESTADO DE LA CUESTIÓN A LA LUZ DE LAS DIRECTRICES DADAS POR EL CONSEJO DE ESTADO.

Del reconocimiento y visibilización de las Tesis que se expondrán de forma subsiguiente, y cuyo contenido nos permitirán ahondar en las diferentes categorías doctrinarias tomadas como referente por el Consejo de Estado buscando justificar la fluctuación de las posturas asumidas frente a las oportunidades establecidas para elevar reclamaciones económicas por desequilibrios económicos durante la ejecución del contrato estatal, resultará viable determinar tanto las causas como las consecuencias en la aplicación de cada una de ellas, teniendo en cuenta la realidad funcional del sistema jurídico de contratación pública en Colombia.

En el mismo sentido y durante el desarrollo del presente documento se buscará justificar la adherencia y justificación de lo reseñado tanto en la “Tesis 2” como en la denominada “Tesis Intermedia”, para efectos de proceder con las reclamaciones económicas a que haya lugar durante el *iter contractual*, y de igual manera proponer otros matices frente a la aplicación de la regla de oportunidad.

De esta manera se pone de presente el estado de la cuestión a la luz de la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, teniendo en cuenta las siguientes Tesis a saber:

- **TESIS 1:** La consignación de salvedades y/o reclamaciones económicas en la ejecución de contratos estatales por parte del contratista debe hacerse en momentos determinados tales como: i) suspensiones, ii) prórrogas, iii) otrosíes o contratos adicionales; no hacerlo en dichos escenarios, implica un actuar contrario a la buena fe y al deber de información que le asiste a aquel, resultando extemporánea cualquier reclamación que se efectúe en un momento ulterior.
- **TESIS 2:** La NO consignación de salvedades y/o reclamaciones económicas por parte del contratista en la ejecución de contratos estatales, al momento de suscribir suspensiones, prórrogas, otrosíes o contratos adicionales, NO significa renuncia al derecho y es viable la reclamación del perjuicio en un momento posterior.
- **TESIS INTERMEDIA:** A partir del análisis jurisprudencial se puede identificar una tesis que, en cierta medida, se ubica entre las dos tesis que se vienen de mencionar. En consonancia con la tesis 2 y en contraste con la tesis 1, bajo la tesis intermedia el contratista no pierde su derecho a reclamar por el desequilibrio económico del contrato por el hecho de no consignar sus reclamaciones o salvedades en el texto de los documentos suscritos durante la ejecución contractual, como otrosíes, ampliaciones de plazo y suspensiones. Sin embargo, a diferencia de la tesis 2 y en consonancia con la tesis 1, el contratista sí pierde su derecho a elevar reclamaciones cuando no consigna las mismas en el acta de liquidación suscrita por mutuo acuerdo con la entidad, lo cual, como es sabido, tiene lugar después de la terminación del contrato.

Se realizará un análisis de las providencias que integran la línea jurisprudencial, siguiendo la tipología de sentencia: fundadora; hito; confirmadora de principio y arquimedica. Esto con el fin de evidenciar los antecedentes del tratamiento al tema en el seno de la alta Corporación y a su vez poner de presente el estado de la cuestión. Estas sentencias serán ubicadas en la gráfica de la línea buscando visibilizar de forma cronológica la forma a través de la cual el Consejo de Estado ha brindado distintos tratamientos al tema en estudio.

No obstante lo anterior y previo al análisis tanto de las Tesis 1, 2 e intermedia, se hará una explicación desde la perspectiva jurisprudencial y legal, del rol desempeñado por el acta de liquidación y las salvedades contenidas en la misma dentro del *iter contractual*, con el fin de darle un asiento preciso a esta figura, con el fin de poder entender el proceder del Consejo de Estado frente al tema que nos ocupa.

1.1. POSICIÓN DEL TEMA: EXPLICACIÓN PRELIMINAR A NIVEL LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.

Parece clara la jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual se han establecido los parámetros mínimos para la consignación de cualquier salvedad de contenido económico y/o constancia de insatisfacción por parte de los contratistas de la administración al momento de suscribir el acta de liquidación; lo anterior en virtud de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, que establece como un “derecho” del contratista la posibilidad de dejar salvedades en el momento referido de forma precedente, tal y como se puede evidenciar en la sentencia proferida en el año 2017 en la cual se dijo:

“(…) la ley faculta a las partes para que, en la etapa de liquidación, de común acuerdo procedan a realizar los ajustes y reconocimientos

económicos a que hubiere lugar y resolver las controversias suscitadas en el contrato, para declararse a paz y salvo por todo concepto”⁴.

Resulta pues paradójico que concurren tres líneas diametralmente opuestas al interior de la alta Corporación y que de igual forma apunten a conclusiones diferentes; esto, por cuanto a la inviabilidad de elevar reclamaciones en sede judicial si el contratista omitió su deber de dejar sus constancias de insatisfacción de algunos momentos del *iter contractual*, tales como prórrogas, adiciones, suspensiones u otrosíes, por resultar dicha conducta contraria al principio de la buena fe y del “*venire contra factum proprium non valet*”. *A contrario sensu*, las sentencias que se expondrán a continuación tendrán como factor diferencial 3 escenarios a saber: i) posibilidad de consignar salvedades en el acta de liquidación, en virtud de un derecho del contratista regulado en la Ley, ii) forma y contenido de la salvedad y iii) excepciones al deber que le asiste al contratista de dejar salvedades en el acta de liquidación; cabe aclarar que ninguna de las sentencias que se indicarán, presenta si quiera el más mínimo asomo de la regla técnica entendida como factor de oportunidad, que se ha pretendido cuestionar a través del presente documento.

Vemos pues, cómo a través de la sentencia del 18 de julio de 2012⁵ el Consejo de Estado establece lo siguiente:

“En este sentido, constituye requisito de la acción contractual la existencia de la inconformidad, que *debe quedar expresa y escrita en el acta de liquidación bilateral*. Por eso ha considerado esta Sala –sentencia de julio 6 de 2.005. Exp. 14.113- que: “... la constancia que el contratista inconforme consigna en el acta no puede ser de cualquier tipo; es necesario que reúna las siguientes características: *que identifique adecuadamente los problemas surgidos con ocasión de contrato, es decir, que sea clara, concreta y específica; no obstante no tiene que expresar técnicamente toda una reflexión y justificación jurídico-económica, pero si debe contener, así sea de modo elemental, la identificación del*

⁴ CE, Sección Tercera, Subsección C, 29 de marzo de 2017, C.P. Danilo ROJAS BETANCOURTH, 36714.

⁵ CE, Sección Tercera, Subsección C, 18 de julio de 2012, C.P. Enrique GIL BOTERO, 21483.

problema, es decir, los motivos concretos de inconformidad (...)”.
(Subraya fuera del texto).

De esta manera podemos evidenciar la forma a través de la cual se valida como escenario último de la vigencia contractual para efectos de consignar salvedades, el acta de liquidación como el documento idóneo constituido para tal; no obstante lo anterior, se prevén unos requisitos mínimos frente a la descripción de las inconformidades, que eliminan de tajo la opción de que las mismas se realicen de forma genérica, vaga, ambigua e indeterminada; por el contrario deben expresar de forma adecuada las causas que justifican la reclamación, con la identificación clara de los problemas configurados durante la ejecución del contrato, buscando de esta manera no volver inviable la reclamación que se haga en sede judicial en un momento posterior⁶.

Lo anterior se refuerza mediante lo expuesto en sentencia del 14 de junio de 2017⁷, donde la misma Corporación se pronuncia sobre una frase puesta por el contratista en un acta de liquidación en la que se leía: *“Me reservo el derecho a reclamar los extracostos que se han generado durante la ejecución del contrato, los cuales serán evaluados y presentados a Fonade próximamente”*; indicando lo siguiente:

“(...) es una típica objeción, salvedad o reserva genérica y de cajón, que no da las razones concretas de inconformidad con el corte de cuentas y que por lo tanto, resulta insuficiente para salvaguardar el derecho de efectuar futuras reclamaciones derivadas del contrato liquidado”.

Se colige de lo anterior la imposibilidad que existe de establecer constancias de insatisfacción en el acta de liquidación, que reviertan un contenido genérico y escueto, impidiendo al operador jurídico determinar de suyo la problemática que se pretende poner de presente frente a las eventuales reclamaciones en sede judicial.

⁶ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, (Derecho Administrativo; 19), p. 92.

⁷ CE, Sección Tercera, Subsección B, 14 de junio de 2017, C.P. Danilo ROJAS BETANCOURTH, 38134.

En este punto es pertinente señalar lo regulado por Colombia Compra Eficiente sobre el efecto en su “Guía para la Liquidación de Procesos de Contratación”, indicando que las salvedades que se dejen en el acta de liquidación bilateral “*deben ser concretas y específicas, es decir que deben versar sobre puntos determinados de la liquidación que no se comparten, por lo tanto la salvedad no puede ser genérica, vaga e indeterminada*”, reivindicando de esta manera lo señalado por las providencias judiciales señaladas en precedencia.

Ahora bien, resulta necesario indicar que al interior de la misma Corporación, se han establecido unas excepciones jurisprudenciales bajo unos supuestos de hecho concretos, los cuales se determinan en la imposibilidad material de conocer las situaciones que podrían generar alguna clase de reclamación económica; así lo ha expresado el Consejo de Estado a través de sentencia del 26 de septiembre de 2013⁸ en la que se dijo:

“Como ha precisado la Sala, ha de entenderse que la exigencia de que en el acta de liquidación bilateral se consignen de manera clara y concreta las salvedades u objeciones -como presupuesto del petitum de una eventual demanda- hace referencia a aquellos hechos o situaciones que se conocían o que, razonablemente, se podían conocer al momento de suscribir el acta, toda vez que tal exigencia no se presenta cuando se trata de formular reclamaciones respecto de circunstancias posteriores, desconocidas o imposibles de conocer al momento de suscribir el acta; así lo ha sostenido la Jurisprudencia de la Corporación”. (Subraya fuera del texto).

Es necesario resaltar entonces, que la única excepción para cualquiera de las partes frente a la posibilidad de acudir a la administración de justicia, se genera a partir de la inviabilidad de prever algún perjuicio o tener con grado de certeza la consumación de un daño al momento de la suscripción del acta de liquidación.

⁸ CE, Sección Tercera, Subsección C, 26 de septiembre de 2013, C.P. Olga Mérida VALLE DE LA HOZ, 23517.

A partir de lo anterior, se entrarán a analizar las Tesis señaladas en el numeral 1, que permitan dilucidar el estado de la cuestión del tema tratado en el presente documento.

1.2. TESIS 1: LA CONSIGNACIÓN DE SALVEDADES Y/O RECLAMACIONES ECONÓMICAS, DEBE HACERSE AL MOMENTO DE SUSCRIBIR PRÓRROGAS, SUSPENSIONES, CONTRATOS ADICIONALES U OTROSÍES, SO PENA DE TRANSGREDIR EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y EN PARTICULAR LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS.

Lo concerniente a las reclamaciones y salvedades relacionadas con el desequilibrio económico del contrato, es un tema de vieja data en la jurisprudencia del Consejo de Estado. La posición de la Corporación se ha venido matizando con el paso del tiempo, lo que se evidencia con el uso de diferentes fundamentos jurídicos que serán analizados más adelante; sin embargo, y previo a la inserción del análisis correspondiente a la identificación de la sentencia fundadora, resulta pertinente indicar que luego de la promulgación y entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993⁹, el argumento que se trató de implementar con el fin de preservar las condiciones de igualdad y equivalencia económica emanadas al momento de celebrar un contrato estatal se encontraba en el artículo 27 de la norma señalada, el cual previó las acciones a seguir, buscando restablecer la ecuación financiera del mismo mediante la suscripción de acuerdos que regularan las cuantías, condiciones, forma de pago de gastos adicionales y reconocimiento de costos financieros e intereses. Reza la norma:

“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 (...).

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales,

⁹ “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, entró en vigencia a partir del 01 de enero de 1994.

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 (...)". (Subraya fuera del texto).

De ahí que el principal argumento luego de la identificación de la sentencia fundadora¹⁰ fuera la aplicación del artículo citado, para tratar de justificar la oportunidad para dejar las constancias de insatisfacción, en los momentos establecidos por el Consejo de Estado, tales como adiciones, prórrogas, suspensiones u otrosíes, so pena de hacer inviable la reclamación económica que se pretendiera adelantar en sede judicial.

Pues bien, a partir de esa disposición se interpretó¹¹ que las partes en un contrato estatal al momento de suscribir acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., procuran superar las dificultades que se presentan en la ejecución del contrato, de forma tal que es ese el momento en el que deben proceder a presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades a que haya lugar.

Con base en lo anterior, y siguiendo las directrices expuestas por Diego López Medina, en su libro el "El Derecho de los Jueces", y buscando representar de una manera gráfica el estado de la cuestión que se pretende abordar con este documento, se procederá con la explicación de la línea jurisprudencial que se puede apreciar en la gráfica anexa. El propósito de la graficación, tal como lo dice el autor señalado, radica en "*la identificación de los patrones de cambio desicional a lo largo de la jurisprudencia. Así, por tanto, es posible encontrar patrones (i) donde el cambio, a pesar de ser radical*

¹⁰ Dentro del universo de jurisprudencia identificado, se pudo concluir que a pesar que la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993 se dio hasta el 01 de enero de 1994, años antes se había pronunciado el Consejo de Estado sobre el tema, claro está, sin usar la línea argumentativa que se viene explicando, la cual se dio a partir del mismo año en que entró en vigencia el Estatuto Contractual.

¹¹ Sobre el particular resulta necesario indicar que fue a partir de lo establecido en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, que el Consejo de Estado bajo las ponencias de los magistrados María Elena Giraldo y Daniel Suárez, marcó una pauta interpretativa frente a lo regulado en dicha disposición normativa, al circunscribir dichos "acuerdos y pactos", a momentos específicos de la ejecución contractual tales como, contratos adicionales, prórrogas, suspensiones modificaciones etc. Esta posición se podrá evidenciar de forma diáfana en la exposición jurisprudencial que se haga de la Tesis 1.

se ha logrado incrementalmente mediante sucesivas reorientaciones de la línea”¹². Así las cosas procedemos con la explicación de la línea jurisprudencial, a partir de la sentencia fundadora.

i) SENTENCIA FUNDADORA¹³ - SE ATRIBUYE COMO CULPA DEL CONTRATISTA EL DAÑO SUFRIDO POR EL MISMO, PUES DECIDIÓ SUSCRIBIR VARIOS NEGOCIOS, PUDIENDO DESISTIR DE ELLOS, CUANDO NO SATISFACÍAN SU PRETENSIÓN ECONÓMICA.

La primera postura encontrada en el marco de la jurisprudencia del Consejo de Estado, y que en efecto no abordó el tema de una forma categórica, sino a partir de la estructuración de inferencias, mostró los primeros vestigios de lo que supondría la interpretación del proceder del contratista frente a las reclamaciones económicas elevadas ante la administración, según lo dicho por la sentencia proferida del 23 de junio de 1992, Exp. 6032¹⁴, en la cual se estableció:

“No encuentra la Sala razonable que el contratista después de finalizado el contrato, por entrega total de la obra, pretenda censurar a la administración por prolongaciones en el plazo convenido, cuando estuvo de acuerdo con las mismas y en parte fue causante de aquellas. (...)”
(Resaltado propio).

Esta sentencia se erige en ser la primera en cuestionar el supuesto actuar omisivo del contratista frente a la suscripción de prórrogas durante la ejecución contractual. Por eso, la advertencia que se hacía de forma precedente, al interpretar dicha sentencia como una inferencia elaborada por la Sección Tercera, a partir del hecho desconocido

¹² LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. 2ed. Bogotá. Ed: Legis Editores S.A, 2006, p. 139.

¹³ Las sentencias fundadoras son aquellas que: “*se apoyan en el vacío jurisprudencial existente en aquel entonces, para consagrar visiones reformistas de la sociedad colombiana. Algunas de esas sentencias consagraban, en consecuencia, posiciones utópicas e, incluso, contrasistémicas*”. *Ibíd*em p. 164.

¹⁴ CE, Sección Tercera, 23 de junio de 1992, C.P. Daniel SUAREZ HERNÁNDEZ, 6032.

hasta ese momento, consistente en la prueba de la alteración de la ecuación financiera del contrato.

- ✓ Más adelante la Corporación consideró que, para que fuera procedente la pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato por la mayor permanencia en la obra, no resultaba suficiente que quién alegara el desequilibrio probara los mayores costos ocasionados, sino también se requería que quién así lo pidiera presentara las respectivas salvedades o reclamaciones al momento de suscribir los contratos adicionales; así lo señaló la Sección Tercera de ésta Corporación en la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2001¹⁵, bajo el radicado No.13.356 con ponencia de la Magistrada María Elena Giraldo Gómez:

“Además la Sala destaca que BENHUR en ejercicio de su autonomía de la voluntad suscribió contratos adicionales de plazo en los cuales luego de la modificación de la cláusula original de PLAZO, convino con CEDENAR que las demás cláusulas del contrato, entre ellas el precio, permanecían incólumes.

Se evidencia entonces que las afirmaciones hechas por BENHUR sobre que al contratista se le deben sumas mayores a las reconocidas en el acto de liquidación por mayor permanencia en la obra y sobre costos, carecen de respaldo probatorio”. (Subraya fuera del texto).

- ✓ La anterior postura fue desarrollada con mayor precisión a través de la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia del 30 de octubre de 2003¹⁶, bajo el radicado No. 17.213 con ponencia de la misma Magistrada, así:

(...)

Pero es que, en este caso, no se probó condicionamiento o coacción por parte de la entidad contratante sino que por el contrario se estableció la aceptación manifiesta y sin salvedades de la situación, por parte del contratista, sin haber desplegado ni previa ni concomitantemente

¹⁵ CE, Sección Tercera, 22 de noviembre de 2001, C.P. María Elena GIRALDO GÓMEZ, 13356.

¹⁶ CE, Sección Tercera, Sección Tercera, 30 de octubre de 2003, C.P. María Elena GIRALDO GÓMEZ, 17213.

actividad que permitiera a la Sala entender que en efecto la Sociedad demandante no aceptaba los términos del contrato adicional; su conducta evidencia todo lo contrario. (Subraya y negrilla fuera del texto).

En el caso señalado anteriormente, el contratista elevó una reclamación por la causación de unos impuestos que a su juicio no resultaban previsibles de cara a la ejecución del contrato estatal.

- ✓ Eventualmente, mediante sentencia del 7 de marzo de 2007, bajo el radicado No. 15.799, con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, se señaló que la omisión del contratista frente a la consignación de las reclamaciones respectivas en los varios negocios jurídicos suscritos por las partes en sede de ejecución se enmarcaba dentro de los lineamientos de la culpa; allí se dijo:

“En este orden de ideas, si acaso se le causó un daño al contratista, este resulta imputable a su propia conducta, pues decidió suscribir varios negocios, pudiendo desistir de ellos, cuando no satisfacían su pretensión económica. Además, si el actor ignoraba que cuando se suscribe un contrato adicional las partes no están atadas a los precios del contrato inicial, salvo que así se hubiera pactado en dicho contrato –lo cual no ocurrió en el presente caso-, esto no es excusa para solicitar del contratante una indemnización (sic), por desequilibrio financiero.

Por tanto, es inadmisibile que hora, luego de celebrados y ejecutados los negocios, en vigencia de una ley que claramente señalaba las condiciones tributarias vigentes, se solicite una indemnización (sic) por hechos imputables a la propia conducta, pues de haber sido más precavido no se habrían generado las consecuencias que se dice padecer”¹⁷.

- ✓ Más adelante, mediante sentencia del 22 de junio de 2011¹⁸, el Consejo de Estado trazó los lineamientos a partir de normas civiles y comerciales de la clase de buena

¹⁷ CE, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, 7 de marzo de 2007, C.P. Enrique GIL BOTERO 15.799; sobre el mismo tema ver: CE, Sección Tercera, 19 de febrero de 2009, C.P. Enrique GIL BOTERO, 19.055; CE, Sección Tercera, 4 de febrero de 2010, C.P. Enrique GIL BOTERO, 15.400, entre otras.

¹⁸ CE, Sección Tercera, Subsección C, 22 de junio de 2011, C.P: Jaime Orlando, SANTOFIMIO GAMBOA, 18836.

fe aplicable en el marco de la contratación estatal y delimitó el alcance de la misma en cuanto a los deberes y cargas que resultaban concentrados en cabeza del contratista en virtud de dicho principio, dentro de los cuales determinó el deber de información, fundamento que se usa en sentencias posteriores con el fin de justificar la exigencia dada por el Consejo de Estado para la consignación de salvedades; allí se dijo:

“El artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, ordena que los contratos deberán ejecutarse de buena fe y que por consiguiente obligan a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza. Estos preceptos, a no dudarlo, consagran la buena fe objetiva que 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 propias (...).”

Los elementos reseñados en esta cita jurisprudencial serán el insumo principal objeto de estudio, para las providencias subsiguientes.

ii) SENTENCIA HITO¹⁹ - SE ERIGE EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE COMO FUNDAMENTO PRINCIPAL PARA JUSTIFICAR QUE EL CONTRATISTA ELEVE SUS RECLAMACIONES POR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO EN LAS OPORTUNIDADES ESTABLECIDAS POR EL CONSEJO DE ESTADO.

Posteriormente, el Consejo de Estado introdujo el principio de la buena fe como fundamento para exigir al contratista la presentación de sus reclamaciones por desequilibrio económico del contrato en unas oportunidades, tales como suspensiones,

¹⁹ Las sentencias Hito, “son aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una subregla de derecho constitucional y en la que usualmente se decanta un balance constitucional más complejo que el que en un comienzo fue planteado por las sentencias fundadoras de línea”: LÓPEZ MEDINA. Op. Cit., pp.: 164-165.

adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc.²⁰. Así mismo se estableció que reclamaciones ulteriores, no consignadas en alguno de estos documentos contractuales, resultaban inadmisibles por contrariar los postulados señalados por la regla técnica derivada de la buena fe, denominada como “*venire contra factum proprium non valet*”.

Adicional a lo anterior, la sentencia que se entrará a estudiar señaló que cada hipótesis de desequilibrio económico del contrato debe analizarse de forma particular, según las condiciones del caso. De igual forma es necesario advertir que al identificar la sentencia Arquimédica de la línea se pudo evidenciar que la providencia a examinar se estructura como el elemento fundamental del nicho citacional empleado por el Consejo de Estado para definir el camino de aplicación del operador jurídico de cara al tema objeto de estudio.

Así se señaló en la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Tercera de esta Corporación el 31 de agosto de 2011²¹:

“(…) cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato.

²⁰ Vale la pena reflexionar en cuanto a la introducción de la expresión “etc.” por parte del Consejo de Estado al momento de indicar las oportunidades de las cuales goza el contratista para dejar las reclamaciones económicas, pues más allá de precisar sobre escenarios similares a los referidos, abre la puerta para que en virtud de una interpretación extensiva, el operador jurídico determine si existen otros momentos diferentes a los planteados para que se haga lo propio. En palabras de la RAE la expresión “etc.” se usa para “*sustituir el resto de una exposición o enumeración que se sobrentiende o que no interesa expresar*”. (Negrilla propia). No obstante lo anterior, vemos que la enumeración de los momentos pertinentes para dejar las reclamaciones económicas, bajo ninguna circunstancia resulta obvia, y perfectamente podría entenderse que la suscripción de las mismas sería viable hasta el último momento que la Ley le otorga al contratista para ello, esto es, hasta la suscripción del acta de liquidación bilateral. Sin embargo y tal como se observará en el desarrollo de las providencias judiciales a exponer en la Tesis 1, se genera un condicionamiento en virtud del cual, para que las salvedades a consignar en el acta de liquidación bilateral no resulten imprósperas al momento de ser reclamadas judicialmente, previamente deben constar en las oportunidades ya señaladas. Estas inconsistencias serán analizadas durante el desarrollo del presente documento.

²¹ CE, Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacios, 10080.

(...)

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

Posteriormente, establece de forma expresa las oportunidades con que cuenta el contratista, para elevar las reclamaciones económicas así:

(...) **la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificatorio o adicional. Igualmente, cuando las partes determinen suspender el contrato deben definir las contraprestaciones económicas que para ellas represente esa situación, con el fin de precaver reclamaciones y la negativa al reconocimiento por parte de la entidad contratante, dado que el silencio de las partes ha de entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad.** (Subraya y negrilla fuera del texto).

Como complemento de lo anterior, se reivindica la base del argumento empleado para justificar dicho factor de oportunidad, es decir, usando para el efecto como referente principal, la interpretación del artículo 27 de la Ley 80 de 1993:

“Con mayor razón legal se genera este efecto jurídico, tratándose de posibles reclamos en materia de desequilibrios económicos del contrato al momento de convenir las condiciones del contrato modificatorio o adicional, en tanto el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que si la igualdad o equivalencia financiera se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, “...las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”, suscribiendo para tales

efectos “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar (...)” (Subrayado propio)

Con base en lo anterior, y en los dos últimos apartes que se señalan a continuación, se considera que la providencia analizada ostenta el carácter de “sentencia hito”, debido a que marca una pauta interpretativa en relación con los efectos producidos en virtud del actuar omisivo del contratista, de acuerdo a las oportunidades establecidas por la misma Corporación para la consignación de reclamaciones por desequilibrio económico del contrato y señalando al mismo tiempo que dicho actuar vulnera los postulados de la buena fe objetiva y de la regla técnica derivada de la misma consistente en la prohibición de ir contra los actos propios; allí se lee:

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

En este orden de ideas, en relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato”. (Subraya fuera del texto).

- ✓ En la sentencia proferida por la misma Corporación el 9 de mayo de 2012²², bajo el radicado No. 22087, se reiteró la oportunidad requerida para que el contratista eleve sus reclamaciones o deje sus salvedades por desequilibrio económico. De esta manera, se logró evidenciar la importancia de cumplir con la formalidad señalada por la Corporación, como punto de partida para poder restablecer la ecuación financiera del contrato y ser reconocida eventualmente. Así mismo se asume tácitamente que a partir de conductas desplegadas por el contratista como el hecho de suscribir contratos adicionales, mientras nuevas circunstancias no alteren el acuerdo, se entenderá, *per se*, que dicha actuación contiene su propio equilibrio; allí se dijo:

“(…) de manera que siempre que se suscribe un contrato adicional la voluntad de las partes retorna a una posición de reequilibrio de las condiciones del nuevo negocio –como cuando se suscribió el contrato inicial-, porque tanto contratante como contratista tienen la posibilidad de suscribirlo o de abstenerse de hacerlo, y si ocurre lo primero, a continuación pueden establecer las nuevas condiciones del negocio”.

iii) SENTENCIA CONFIRMADORA DE PRINCIPIO²³ - RATIFICA LO EXPUESTO POR LAS PROVIDENCIAS PRECEDENTES Y REIVINDICA LA APLICACIÓN DEL DENOMINADO “FACTOR DE OPORTUNIDAD”, PARA QUE LAS RECLAMACIONES POR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO NO RESULTEN IMPRÓSPERAS.

La anterior postura fue reiterada por la sentencia proferida el 20 de octubre de 2014²⁴, mediante la cual se afirma de forma categórica que para que cualquier reclamación económica sea viable, el factor “oportunidad” no la debe hacer improcedente,

²² CE, Sección Tercera, 9 de mayo de 2012, C.P. Enrique GIL BOTERO, 22087.

²³ Las sentencias confirmadoras de principio o de reiteración como también han sido denominadas, “*son aquellas que se ven a sí mismas como puras y simples aplicaciones a un caso nuevo del principio o ratio, contenido en una sentencia anterior. Con este tipo de sentencias los jueces descargan su deber de obediencia al precedente*”. LÓPEZ MEDINA. Op. cit., pp. 166 – 167.

²⁴ CE, Subsección C, Sección Tercera, 20 de octubre de 2014, C.P. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA 24809.

evidenciándose la clara imposición de la forma sobre lo sustancial²⁵ en tratándose de reclamaciones económicas por desequilibrio financiero. Esta situación se justifica a partir de la misma óptica de la sentencia fundadora, es decir, dando aplicación al artículo 27 de la Ley 80 de 1993; allí se lee:

*“(...) 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.***

(...)

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 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,

²⁵ Sobre el particular ver: SALGADO SUAREZ, José Fernando. “Prevalencia del derecho sustancial” Revista de *Derecho Penal Y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, 2000, 21 (68), pp. 217-221. De igual forma en este punto resulta necesario relacionar lo expuesto por la sentencia CCons. T-234/2017, M.P. María Victoria, CALLE CORREA, en la cual se estableció una de las expresiones de la prevalencia del derechos sustancial sobre el procedimental, respecto de la caracterización del llamado “exceso ritual manifiesto”, el cual se configuraba: “(...)cuando un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esa vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia habida cuenta de que sacrifica el derecho de acceso a la administración de justicia y las garantías sustanciales, so pretexto de preferir el tenor literal de las formas procesales. En otras palabras, el juez asume una ciega obediencia a la ley procesal en abierto desconocimiento de los derechos sustanciales que le asisten a las partes en contienda”.

improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual”²⁶.

Vemos de esta manera como el denominado factor de oportunidad se erige como requisito fundamental, so pena de generar una pretensión extemporánea e inane por resultar contraria a la buena fe contractual.

- ✓ Más adelante, mediante sentencia del 27 de enero de 2016²⁷, en el análisis del caso en concreto se evidencia de nuevo el elemento “oportunidad”, como factor determinante para dar viabilidad a las reclamaciones elevadas por el contratista, tanto así, que le restan validez a comunicaciones en las cuales se expresaban claramente las inconformidades económicas de alteración del contrato; reclamaciones que se hicieron antes y después de la suscripción de los contratos adicionales y otrosíes; allí se dijo:

“Al respecto la Sala examina el material probatorio y constata que ninguna de las comunicaciones fue coetánea con los contratos adicionales celebrados; algunas fueron anteriores y otras fueron presentadas con posterioridad a la suscripción de las modificaciones. Las primeras pierden su efecto, puesto que al celebrar el acuerdo de voluntades modificando el contrato y sin hacer salvedad alguna, existe un desistimiento de tales reclamaciones, por lo tanto la potencial obligación quedaría extinguida en virtud del contrato adicional; y las reclamaciones hechas con posterioridad, en la medida en que se referían a los mismos hechos alegados antes de la suscripción de las modificaciones contractuales, son evidentemente extemporáneas. (Subraya fuera del texto).

²⁶ El anterior pronunciamiento fue reiterado en las sentencias: CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 9 de abril de 2015, C.P. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, 32774; CE, Sección Tercera, Subsección C, 28 de mayo de 2015, C.P. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, 30.290; CE, Sección Tercera, Subsección C, 28 de mayo de 2015, C.P. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, 36644; CE, Sección Tercera, Subsección C, 1 de junio de 2015, C.P. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, 34.095; CE, Sección Tercera, Subsección C, 28 de mayo de 2015, C.P. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, 35625, entre otras.

²⁷ CE, Sección Tercera, Subsección C, 27 de enero de 2016, C.P. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, 53288.

De lo anterior se puede apreciar que no basta si quiera, con comunicaciones que se dirijan a la administración haciendo las reclamaciones económicas a que haya lugar; estos documentos pierden su efecto con la suscripción posterior de los modificatorios del contrato, en los cuales se omite la consignación de salvedad alguna.

iv) SENTENCIA ARQUIMEDICA²⁸ - SE RECOPILAN LOS ARGUMENTOS REFERIDOS POR LAS SENTENCIAS ANTERIORES, SIENDO EL CRITERIO VIGENTE DE APLICACIÓN LO ESTABLECIDO POR LA REGLA DE OPORTUNIDAD PARA EFECTOS DE ELEVAR RECLAMACIONES POR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO.

En primera medida resulta pertinente reiterar que la estructuración de la línea jurisprudencial se hizo con base en la técnica de ingeniería de reversa²⁹ y la identificación del nicho citacional relacionado en la sentencia que se entrará a analizar, la cual se configura como la última providencia en tratar el tema objeto del problema jurídico del presente trabajo; así las cosas, mediante sentencia del 29 de enero de 2018³⁰, se recopiló lo dicho en sentencias anteriores en las cuales el factor “oportunidad” resulta indispensable de acuerdo a la regla establecida por el Consejo de Estado y que se ha venido materializando en las sentencias estudiadas; allí se reitera y se señala lo siguiente:

“(…) 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

²⁸ “Se trata de aquella sentencia que, según el analista, contiene los criterios vigentes y dominantes (...)”. LÓPEZ MEDINA. Op. cit., pp: 164-165.

²⁹ Este método de estudio determina la construcción de la línea jurisprudencial, a partir de la citas de sentencias relacionadas en la última providencia que trató el tema objeto de estudio; en palabras de LÓPEZ MEDINA: “(...) consiste, simplemente, en aprender a construir la línea mediante las citas internas que la Corte hace [en este caso el Consejo de Estado]. Se trata, simplemente, de aprender de magistrados que en varios años de trabajo han dominado, mejor que la mayoría de los demás, los contornos de la masa decisional. Como se ve, el método es impenitentemente parasitario”, LÓPEZ MEDINA. Op. cit., pp: 170.

³⁰ CE, Sección Tercera, Subsección C, 29 de enero de 2018, C.P. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, 52666.

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 (...)

De manera que el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia (...) Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento o alteración del equilibrio económico del contrato, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual".(Subraya fuera del texto).

Vemos de esta manera, la forma a través de la cual el Consejo de Estado introduce como elemento definitorio del factor de oportunidad, la imposibilidad de “sorprender” a la administración con circunstancias que no fueron alegadas a tiempo, esto es, en la suscripción de prórrogas, contratos adicionales, u otrosíes. No obstante, pareciera pues, que la alta Corporación pasa por alto los términos de caducidad que prevé la Ley para que a través del medio de control de controversias contractuales el contratista pueda elevar en sede judicial las pretensiones que considere viables de cara la configuración de un desequilibrio económico.

Sumado a lo anterior, se omite la indicación respecto de la naturaleza jurídica y función legal que le asiste al acta de liquidación, para que el contratista en virtud del derecho reconocido por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, pueda consignar en dicho documento, las constancias de insatisfacción a que haya lugar.

1.3. TESIS 2: LA NO CONSIGNACIÓN DE SALVEDADES Y/O RECLAMACIONES ECONÓMICAS POR PARTE DEL CONTRATISTA EN LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS ESTATALES, AL MOMENTO DE SUSCRIBIR SUSPENSIONES, PRÓRROGAS, OTROSÍES O CONTRATOS ADICIONALES, NO SIGNIFICA RENUNCIA AL DERECHO Y ES VIABLE LA RECLAMACIÓN DEL PERJUICIO EN UN MOMENTO POSTERIOR.

De acuerdo a lo establecido en esta tesis, la no consignación de reclamaciones o salvedades por desequilibrio económico del contrato en oportunidades concretas, tales como suspensiones, otrosíes, ampliaciones de plazo y contratos adicionales, no supone renuncia al derecho al restablecimiento del equilibrio económico. En efecto, mediante sentencia del 30 de septiembre de 1994³¹, se indicó lo siguiente:

“El hecho de que el contratista hubiese suscrito el acta de suspensión de la obra, de común acuerdo con la entidad contratante, en forma alguna lo priva de la posibilidad de reclamar los perjuicios que dicha suspensión le ocasionó, pues aparece claramente establecido en el acta que la suspensión tuvo como única causa el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del municipio.” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Posteriormente, la misma Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 15 de octubre de 1999, reiteró lo señalado en la sentencia de 30 de septiembre de 1994 y además señaló:

“(…) Aceptar la apreciación del tribunal daría lugar a pensar que el contratista so pretexto de no renunciar a una posterior reclamación judicial por los posibles perjuicios que le pudiese ocasionar la suspensión del contrato, no consintiera con ella y la dejara a la voluntad de la administración, porque es claro que el hecho de no haberse previsto en el acta de suspensión lo atinente a las consecuencias económicas de la misma o a la falta de salvedades previas por el contratista, no significa

³¹ CE, Sección Tercera, 30 de septiembre de 1994, C.P. Carlos BETANCUR JARAMILLO, 8129.

que haya renunciado a formular reclamaciones y más si aquella tuvo origen en circunstancias que no le son imputables a él.³² (Subraya y negrilla fuera de texto).

- ✓ Mediante sentencia del 9 de marzo de 2000, se reiteró lo que previamente se había establecido en las sentencias de 30 de septiembre de 1994 y de 15 de octubre de 1999 en el siguiente sentido:

“no haberse previsto en el acta de suspensión lo atinente a las consecuencias económicas de la misma o a la falta de salvedades previas por el contratista, no significa que haya renunciado a formular reclamaciones y más si aquella tuvo origen en circunstancias que no le son imputables a él (...).”³³ (resaltado fuera de texto)

- ✓ La anterior línea jurisprudencial fue confirmada y reiterada posteriormente en sentencia proferida también por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 2 de octubre de 2003, EXP: 14394, C.P: María Elena Giraldo.

“Sea lo primero advertir que la sola circunstancia de que el contratista hubiese acordado la suspensión del contrato no hace improcedente la formulación de reclamaciones fundadas en la suspensión, puesto que en desarrollo del contrato se pueden presentar vicisitudes que las partes deben salvar mediante la adopción de medidas como la suspensión que, si son concertadas, resultan muy acertadas para el logro de las finalidades del contrato.”³⁴. **De esta manera cabe considerar que la suspensión del contrato, per se, no excluye el análisis de sus efectos para cada uno de los co contratantes, a la luz de la responsabilidad contractual.**

Realizada la suspensión del contrato habrá de estarse a sus términos, esto es, a la duración de la suspensión, al manejo de los recursos físicos y personales dispuestos para la ejecución de la obra, a la asunción de

³² “En asunto similar ya la sala se pronunció al señalar que: **“el hecho de que el contratista hubiese suscrito el acta de suspensión de la obra, de común acuerdo con la entidad contratante, en forma alguna lo priva de la posibilidad de reclamar los perjuicios que dicha suspensión le ocasionó...”**. **Sentencia de 30 de septiembre de 1994. Expediente 8129.** (La cita es del texto original de la sentencia, las subrayas y negrillas fuera del texto)” CE, Sección Tercera, 15 de octubre de 1999, C.P. Ricardo HOYOS DUQUE, 10929.

³³ CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 9 de marzo del 2000, CP: Ricardo HOYOS DUQUE, 10540.

³⁴ “Sección Tercera. Expediente 8.129. (La cita es del texto original).”

*obligaciones por cada una de las partes, etc. Puesto que si se han regulado claramente los efectos de la suspensión del contrato, habrán quedado definidas las prestaciones mutuas derivadas de tal situación³⁵. **Pero cuando esos efectos no quedan regulados en el Acta de suspensión, cuando las partes guardan silencio sobre lo que la suspensión representa para cada una de ellas, habrá que analizar los hechos o actos determinantes de la suspensión y sobre todo, si resultan imputables a uno u otro co contratante. En estas condiciones se tiene que si las partes de un contrato acordaron mutuamente suspenderlo, no regularon los efectos de la suspensión en el correspondiente documento y se prueba que esa suspensión determinó perjuicios para alguno de los contratantes, se impone analizar el motivo de la suspensión y su imputación, a efecto de establecer la responsabilidad contractual correspondiente. (...)***

Son entonces dos las condiciones que debe probar el contratista para que procedan tanto la declaratoria de incumplimiento fundada en la suspensión del contrato como la consecuente reparación de los perjuicios:

- *la existencia de perjuicios derivados de la suspensión y*
- *el hecho determinante de la suspensión es imputable a la entidad pública, contratante.*³⁶ (resaltado fuera de texto)

Así las cosas, se puede inferir que de la jurisprudencia reseñada en la TESIS 2 la Sección Tercera del Consejo de Estado, determina que el silencio de las partes en el texto de un acta de suspensión del contrato o de una adición o prórroga de su plazo, impone al juez el deber de analizar quién fue el responsable de la respectiva suspensión o ampliación de plazo, y si se llegare a concluir que fue por causa de la Entidad pública contratante, se habrá de determinar consecuentemente los perjuicios causados con ello al contratista; deberes estos que fueron eludidos por la Subsección C, frente al análisis de la tesis que se hace.

Adicionalmente y poniendo de presente uno de los elementos más importantes de la argumentación esgrimida por la alta Corporación, que a propósito se pretende

³⁵ “A este respecto puede consultarse sentencia proferida el día 15 de octubre de 1999, Expediente 10929; actor: Sociedad Bustamante Cárdenas Ltda. (La cita es del fallo original)”.

³⁶ CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 2 de octubre de 2003, CP. María Elena GIRALDO GÓMEZ, 14394.

revindicar según lo expuesto en el presente escrito, se encuentra determinado por establecer que el silencio del contratista al momento de suscribir prórrogas, suspensiones u otrosíes, no significa de suyo renunciar al derecho que le asiste por ministerio de la Ley de proceder como tal, ni mucho menos lo inhabilita para efectuar reclamaciones en un momento posterior.

Como puede observarse, hasta el 2003 lo que había establecido la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, es la cara contraria a lo que se ha señalado en la TESIS 1. Según las providencias citadas en la TESIS 2, no se exige que en el texto de las suspensiones y adiciones u otrosíes de ampliación de plazo el contratista deje consignadas sus salvedades o reclamaciones económicas, y mucho menos consagra que si no lo hace *“cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera”*.

Así mismo llama la atención, en las sentencias analizadas en la TESIS 1, la forma como se pasa por alto el análisis de la naturaleza y pertinencia de consignación de salvedades, en el momento que la Ley prevé para el efecto, siendo el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, la que otorga al contratista el derecho de la consignación de las mismas al momento de suscribir el acta de liquidación. Dicha situación genera el interrogante frente a: ¿qué pasa cuando las reclamaciones económicas son puestas de presente en ese momento, y durante las oportunidades establecidas por el Consejo de Estado en la TESIS 1 para el efecto, el contratista guardó silencio?

Pareciera que de acuerdo a la línea de razonamiento vigente establecida por el Consejo de Estado (TESIS 1), no resultaría viable ni mucho menos sería efectiva la consignación de dichas reclamaciones únicamente en el acta de liquidación de cara a la posterior reclamación en sede judicial y/o administrativa, por resultar dicha actuación *“contraria a la buena fe”*.

1.4. TESIS INTERMEDIA - EL CONTRATISTA NO PIERDE SU DERECHO A RECLAMAR POR EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO SI NO CONSIGNA SUS RECLAMACIONES DURANTE LA SUSCRIPCIÓN DE PRÓRROGAS, ADICIONES, SUSPENSIONES U OTROSÍES; PERO LO PIERDE, SI NO HACE LO PROPIO DURANTE LA SUSCRIPCIÓN DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN POR MUTUO ACUERDO CON LA ENTIDAD³⁷.

En la gráfica de la línea jurisprudencial se establece la relación de dos sentencias, una del año 2009 y otra del 2017, que se refieren a la naturaleza funcional³⁸ del acta de liquidación, y por ende la viabilidad de que los contratistas efectúen salvedades al momento de su suscripción, con el fin de que las mismas puedan ser cuestionadas posteriormente en sede judicial.

Dicho lo anterior, aquellas fueron ubicadas en el centro de la gráfica (Anexo 1), pues frente a la solución que pretende dársele al problema jurídico planteado, desde el punto de vista jurisprudencial las mismas presentan una alternativa neutral, a través de la cual se reafirma categóricamente lo establecido por la Ley 1150 de 2007, permitiéndole al contratista elevar su reclamación al momento de suscribir el acta de liquidación, sin hacer mención de las consecuencias que traería dicha actuación, si se hace caso omiso a la regla creada por la Alta Corporación definida como “factor de oportunidad”.

³⁷ Sobre esta última premisa es pertinente indicar lo expuesto por HERNÁNDEZ SILVA, Aida Patricia quien a su juicio: “(...) la circunstancia de que no conste la salvedad en el acta de liquidación bilateral no impide el ejercicio de la acción contractual, simplemente excluye la prosperidad de la pretensión, comoquiera que la liquidación bilateral constituye un negocio jurídico al que están sometidas las partes, de manera que sólo resulta posible apartarse de su contenido obligacional cuando se demuestra su invalidez”. HERNÁNDEZ SILVA, Aida Patricia. “La liquidación del contrato estatal”. *Rev. Digital de Derecho Admin. 1*: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 1-15.

³⁸ Naturaleza funcional, entendida como el fin para el cual se encuentra instituida el acta de liquidación: acto jurídico transaccional que permite a las partes de un contrato ponerse a paz y salvo desde el punto de vista financiero, técnico y jurídico de conformidad con las obligaciones pactadas.

- ✓ Mediante sentencia del 22 de abril de 2009³⁹, se afirmó que la oportunidad última para que tanto contratista como entidad determinaran los débitos y los créditos a favor, así como la exposición de reclamaciones, era al momento de firmar el acta de liquidación; allí se dijo:

“La normatividad contractual ha establecido la liquidación de los contratos estatales -de tracto sucesivo y de otros que así lo exijan- como la oportunidad que tienen las partes para determinar, definir, arreglar y conciliar todos los aspectos concernientes a su ejecución. De manera que allí se ajustan las cuentas y se determinan los débitos y créditos a favor y en contra de cada una de las partes. Por tanto, luego de que los contratantes establecen las obligaciones cumplidas o no cumplidas, y expongan sus reclamaciones, el acta de liquidación expresa las respectivas declaraciones”.

(...)

“También ha dicho la sala que una vez liquidado el contrato por mutuo acuerdo de las partes contratantes, dado su carácter bilateral, tal acto no es susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, a menos que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) o a menos que dicha liquidación se haya suscrito con salvedades o reparos por alguna de ellas, en el mismo momento de su firma”. (Subraya fuera de texto).

Más adelante se precisó que, en tratándose de reclamaciones fundadas en hechos ocurridos con posterioridad al acta de liquidación y desconocidos por las partes, el contratista no pierde su derecho por no haber consignado tales reclamaciones en el mismo documento; allí se dijo:

“(...) si la causa de la reclamación o demanda obedece a circunstancias posteriores y desconocidas para las partes, al momento de firmar el acta, es lógico que puedan reclamarse jurisdiccionalmente los derechos en su favor, pues en tal caso desaparece el fundamento que ha dado la Sala para prohibir lo contrario, es decir, que allí no se afectaría el principio de la buena fe contractual, con la cual deben actuar las mismas al momento de acordar los términos de la culminación del negocio, pues no existiendo

³⁹ CE, Sección Tercera, 22 de abril de 2009, C.P: Enrique GIL BOTERO, 15598.

tema o materia sobre la cual disponer –renuncia o reclamo-, mal podría exigirse una conducta distinta. (Subraya fuera del texto).

Del mismo modo aplica la solución si la situación es la inversa. Es decir, sirviéndose del caso concreto, si el contratista recibe un daño del Estado, por un hecho posterior al acta de liquidación bilateral, debe permitírsele reclamarlo. De lo contrario se negaría silenciosamente el derecho de acceso a la administración de justicia. Es el caso de la demora del Departamento en la recepción de las máquinas. En tal situación, si la entrega no se hizo al momento de la liquidación, sino después, ¿por qué razón se debía reclamar por un daño que no existía ni era previsible que ocurriera?”.

Finalmente y a modo de conclusión, se hace una síntesis de algunos aspectos que enmarcan el proceso de liquidación de un contrato estatal⁴⁰ y que su vez se encuentran amparados por un manto legal, encontrándose que uno de ellos corresponde a que se proceda con los ajustes y reconocimientos económicos a que haya lugar al momento de la suscripción del acta de liquidación; allí se dijo:

“(…) iv) la ley faculta a las partes para que, en la etapa de liquidación, de común acuerdo procedan a realizar los ajustes y reconocimientos económicos a que hubiere lugar y resolver las controversias suscitadas en el contrato, para declararse a paz y salvo por todo concepto.” (Subraya fuera del texto).

Con base en lo anterior, se pone de presente el estado de la cuestión de la solución a los problemas jurídicos que se pretende abordar en el presente trabajo, relacionados

⁴⁰ CE, Sección Tercera, Subsección C, 29 de marzo de 2017, C.P. Danilo ROJAS BETANCOURTH, 36714; en esta sentencia se articula la etapa de liquidación del contrato con la regla técnica derivada de la buena fe, consistente en el “venire contra factum proprium non valet”, haciendo referencia a la imposibilidad de desconocer la manifestación de voluntad plasmada al momento de suscribir el acta de liquidación en un momento posterior: “La liquidación del contrato de común acuerdo, como su nombre lo indica, es un acto jurídico bilateral, que involucra la manifestación de voluntad libre y consciente de cada una de las partes contratantes, quienes al suscribir la respectiva acta están consintiendo sobre su contenido y aceptando la veracidad y exactitud del mismo. En consecuencia, esa manifestación de voluntad las obliga y se impone su respeto en futuras actuaciones, en las cuales no se puede desconocer la palabra dada, por cuanto no es lícito a las partes venir contra sus propios actos -venire contra factum proprium non valet-, principio que se sustenta en la buena fe que debe presidir las relaciones negociales, y específicamente en los contratos de la Administración, a la luz de lo dispuesto por el artículo 83 de la Constitución Política[xvii], los artículos 23 y 28 de la Ley 80 de 1993[xviii] y el artículo 1603 del C.C.C. [xix]”.

con determinar si: ¿en el marco de la contratación estatal, un contratista que no ha manifestado la existencia del desequilibrio económico en los momentos establecidos jurisprudencialmente por el Consejo de Estado para el efecto, puede posteriormente exigir un restablecimiento del mismo sin que con ello transgreda sus propios actos y el principio de la buena fe?; y si ¿las reclamaciones que eleve el contratista por desequilibrio económico deben sujetarse a la formalidad prevista por el Consejo de Estado, so pena de transgredir el deber de información que le asiste a aquél?; lo anterior evidenciando la fluctuación de las posturas asumidas por el Consejo de Estado desde los años 90's, fecha para la cual se empezó a tratar el tema de las salvedades y reclamaciones económicas en el marco de la contratación estatal. Lo indicado en precedencia, con el fin de dejar establecido el punto de partida para proceder con el ejercicio doctrinario y legal frente a la conveniencia de seguir dando aplicación a la regla técnica expuesta, sustentada en una cuestionable aplicación del principio de buena fe de forma generalizada en todos los casos abordados por la alta Corporación.

2. ¿CUÁLES HAN SIDO LAS TEORIAS ARGUMENTATIVAS POR LAS QUE HA OPTADO EL CONSEJO DE ESTADO CON RELACIÓN AL MOMENTO DE RECLAMAR SALVEDADES POR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO CONTRACTUAL⁴¹?

Una vez puesto de presente el espectro jurisprudencial en cuanto a los momentos establecidos por el Consejo de Estado para que el contratista eleve las respectivas

⁴¹ “(...) el principio del equilibrio contractual se refiere a la necesidad de que dicha correspondencia entre prestaciones, esto es, entre derechos y obligaciones, se mantenga hasta la finalización del contrato” Ver en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *El equilibrio económico de los contratos administrativos*. 2ed. Bogotá: Ed. Temis, 2012, p. 7. Véase también: VERANO HENAO, Sandra Patricia. “La Distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio financiero”, en MONTAÑA PLATA, Alberto y RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván (Editores). *Contratos Públicos: problemas, perspectivas y prospectivas, XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 551-589; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 695.

salvedades cuando se configuren supuestos tales como la mayor permanencia en obra⁴², se puede evidenciar en varias de sus sentencias⁴³, y particularmente en la sentencia hito identificada en la línea jurisprudencial⁴⁴, que las tesis empleadas por la alta Corporación para justificar la limitación de los escenarios para consignar reclamaciones económicas, esto es, en documentos tales como suspensiones, prórrogas, otrosíes, etc., giran en torno de dos teorías a saber: i) aplicación de la buena fe objetiva y ii) la regla “*venire contra factum proprium non valet*”.

2.1. DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE OBJETIVA Y DEL “DEBER” DE INFORMACIÓN QUE LE ASISTE AL CONTRATISTA EN EL MARCO DE LAS RELACIONES JURÍDICO NEGOCIALES.

La Constitución de 1991 introdujo en su artículo 83 la denominada cláusula general de buena fe, a través de la cual se estableció que “*las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas*”. A partir de ella se precisaron sus matices, por vía jurisprudencial y doctrinaria, respecto al ámbito de aplicación frente a visiones subjetivas y objetivas⁴⁵ en lo que corresponde al contenido obligacional de negocios jurídicos contraídos por particulares y la administración, donde la efectividad de las prestaciones se encuentra cobijada por dicho principio.

Así las cosas, “*la buena fe (...) se torna biface, en atención a que se desdobra preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada buena fe subjetiva*

⁴² BENAVIDES, José Luis. Contratos públicos: estudios. (Temas de Derecho Administrativo; 5). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 375.

⁴³ Ver entre muchas otras: CE, Sección Tercera, Subsección C, 6 de julio de 2015, C.P. Olga Mérida VALLE DE LA HOZ, 32428; CE, Sección Tercera, Subsección C, 9 de abril de 2015, C.P. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, 32774; CE, Sección Tercera, Subsección B, 29 de octubre de 2012, C.P. Danilo ROJAS BETANCOURTH, 21429.

⁴⁴ CE, Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, C.P. Ruth Stella CORREA PALACIOS, 1808.

⁴⁵ Ver en HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*. Vol. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 385.

(creencia o confianza), al igual que en la objetiva (probidad, corrección o lealtad) (...) ⁴⁶, teniendo claro que la buena fe subjetiva “denota un estado de conciencia, un convencimiento; y se dice subjetiva justamente porque para su aplicación debe el intérprete considerar la intención del sujeto de la relación jurídica, su estado psicológico, su íntima convicción; se trata por lo tanto de una idea de ignorancia, de creencia errónea acerca de la existencia de una situación regular (...)” ⁴⁷. Esta perspectiva de la buena fe en el marco de nuestro ordenamiento resulta de aplicación inane a la luz de las directrices esbozadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, dado que el elemento “voluntad” ha sido relegado a un segundo plano en lo que corresponde, por lo menos, a la conducta exigida al particular colaborador de la administración en la ejecución de contratos estatales, la cual ha estado preponderantemente regida por los postulados de la buena fe desde su perspectiva objetiva ⁴⁸.

Esta visión del principio de la buena fe “no supone la creencia o ignorancia que justifica un error –buena fe en sentido subjetivo– sino la aprobación de una conducta o proceder, según el parecer unánime de personas razonables y honradas con base en los usos sociales imperantes en una determinada circunstancia” ⁴⁹, contrario sensu, exhorta a cumplir con ciertos estándares de conducta que ciertamente emanan de aquella, y que obliga a las partes a respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar

⁴⁶ Cas. de 2 agosto del 2001, exp. 6146, sin publicar, citado por HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. 3ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 565.

⁴⁷ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”. *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia. 17-2009, pp 45.a 76. La misma autora en: *La buena fe en el derecho romano. La extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. 2ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 418.

⁴⁸ La buena fe objetiva debe ser “diligente o exenta de culpa, que por lo mismo no puede darse por supuesta, y la persona que pretenda obtener la tutela o la ventaja prevenidas en la norma, habrá de demostrar que se estuvo a la altura de lo exigible, no en abstracto, sino según su condición personal y los patrones de conducta correspondientes a las distintas circunstancias”. En HINESTROSA, Fernando. “El deber de sinceridad del tomador del seguro en su declaración del estado del riesgo”. *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, dic, 2007, 27 pp, 121.a 148

⁴⁹ MARTÍNEZ -CALCERRADA. “La buena fe y el abuso del derecho”, en *Revista de Derecho Privado*, 1979, 436, citado por ibídem, p. 51.

cabalmente el deber de informar a la otra parte, y en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia⁵⁰.

De igual forma en lo que corresponde al ámbito de aplicación del principio de buena fe se debe indicar que: “(...) *debe estar presente en todo el iter contractual y sin solución de continuidad, desde las negociaciones que preceden la formación del contrato, incluida su celebración o concreción, hasta el período post-contractual, pasando por supuesto por la ejecución del mismo, por lo que, como ha sostenido la jurisprudencia, dicho principio está presente in extenso, además de que dicha presencia se caracteriza por su marcada “intensidad”, durante todas las etapas en comento (...)*”⁵¹ (Subraya fuera del texto). Así las cosas, y siguiendo a la autora precitada, este principio debe estar presente desde las denominadas “tratativas previas” hasta la liquidación del contrato; lo anterior encuentra especial solidez, siguiendo a HINESTROSA, decir que la “*buena fe como principio cumbre del derecho se vierte en la disciplina del contrato a partir de las negociaciones, sigue el proceso de la oferta y la celebración del contrato, está presente en el transcurso de la ejecución de las prestaciones y va, inclusive hasta después de la terminación del contrato*”⁵².

Ahora bien, en lo que corresponde con el análisis del deber de información y de transparencia, específicamente en las dinámicas propias del contrato de obra, se

⁵⁰ CE, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 22 de junio de 2011, C.P. Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, 18836.

⁵¹ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”. *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia. 2006,11, pp, 79.a 125.

⁵² HINESTROSA, Fernando. “De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato”. *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, jul-dic, 2000, 5 pp, 327.a 350.

mostrará como parte de la doctrina adhiere a la tesis vigente por el Consejo de Estado; tal es el caso de DÁVILA VINUEZA⁵³, el cual expresa que:

“(…) en lo atañadero a la mayor permanencia, resulta importante recordar que el mutismo del contratista cuando celebra con la entidad una suspensión, adición y/o prórroga enerva definitivamente cualquier éxito en una reclamación por el mayor tiempo tomado. Ello por cuanto al momento de celebrar el acuerdo debió precisar los costos que engendraban el alejamiento del factor tiempo, además de los valores por la ejecución de obras adicionales”. (Subraya fuera del texto).

El autor argumenta que en virtud del deber de transparencia y de información, juntos derivados del principio de la buena fe, es menester que las partes aporten los insumos correspondientes para establecer el sendero por el cual van a transitar el cumplimiento de las prestaciones establecidas en los términos contractuales.

Sumado a lo anterior, el autor reflexiona sobre la viabilidad de alegar desequilibrios económicos cuando la causa de su presunta configuración es anterior a la suscripción de los contratos adicionales, ya sea en plazo o en valor. Para resolver el cuestionamiento planteado, el autor cita un aparte de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, a través del cual esta Corporación le brinda un papel preponderante al “silencio” y la “ausencia de información”, como elementos que se constituyen en causa adecuada para alterar el *sinlagma* primigenio de la relación contractual:

“En materia contractual la protección de quienes concurren al negocio jurídico requiere el máximo de transparencia posible, de modo que las decisiones se tomen con plenitud de información relevante. De esta manera un contratante no puede quebrar la igualdad, ni tomar ventaja de la ignorancia del otro, especialmente si la ausencia de información de uno de ellos está originada en el silencio del otro que oculta información”

⁵³ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Bogotá: Legis, 2016, p. 721. Confrontar con CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. “El deber de información contractual y sus límites”. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, jul-dic, 2011, 21, pp. 327 a 350.

disponible, información que por ser esencial debe brindarse oportuna y cumplidamente⁵⁴. (Subraya fuera del texto).

Pareciera que el llamado deber⁵⁵ de información al que hace alusión el Consejo de Estado a modo de exigencia por parte del contratista, funda su naturaleza como una “obligación”⁵⁶ sobre la cual su inobservancia trae consigo diversas consecuencias jurídicas, entre ellas, volver inviable cualquier reclamación económica en sede judicial o administrativa ante la omisión en la consignación de constancias de insatisfacción en los momentos establecidos por el Consejo de Estado. Así lo expresa LLOBET AGUADO, al hacer un estudio sobre la obligación de información en el marco de relaciones jurídico negociales:

“La información, por su propio concepto y contenido, exige la presencia de dos personas: el informante y el informado. Cuando, además, estamos en presencia de una relación entre ambos, de la que se predica el nacimiento de una obligación de información, podemos hablar de un deudor de la información (quien debe suministrarla) [el contratista] y de un acreedor (quien puede exigirla) [la administración] de la misma”⁵⁷. (Subraya fuera del texto).

En consonancia con lo anterior, vemos como otro sector de la doctrina parte de la premisa según la cual el deber de información contractual es una obligación emanada de la buena fe⁵⁸, posición a la que adherimos teniendo en cuenta que “(...) *son deberes naturales del contrato y que por virtud de la fuerza integradora de la buena fe se entienden incorporados a él los deberes de la obligación de información, de lealtad, de transparencia, de claridad, de diligencia, de vinculación del pacto celebrado atendiendo el interés de las partes, de cooperación, de solidaridad, de no contrariar*

⁵⁴ CSJ, Civil, 19 de diciembre de 2018, M.P. Edgardo VILLAMIL PORTILLA, 5665-01.

⁵⁵ Acepción que según la REA supone: “Estar obligado a algo por la Ley divina, natural o positiva”.

⁵⁶ Acepción que según la RAE supone: “Vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de algo, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos”

⁵⁷ AGUADO LLOBET I, Josep. *El deber de información de los contratos*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 1996, p. 46.

⁵⁸ CHINCHILLA IMBETT, Op. cit., p. 327.

los actos propios etc.”⁵⁹. De esta manera se colige en cualquier circunstancia del *iter contractual*, es imperativo para el contratista cumplir con esta obligación emanada de la buena fe, lo cual a nuestro juicio se traduce, en la posibilidad de poner de presente a la administración, reclamaciones económicas que no necesariamente se adecuan a las oportunidades que prevé el Consejo de Estado para el efecto.

Ahora bien, no atender la aplicación de la regla de oportunidad prevista por el Consejo de Estado, implica que la compensación de los derechos de los contratistas queda supeditada a situaciones estrictamente formales, que no se compadecen ante la presencia de medios de prueba de cara a la reparación de daños que pudiesen configurarse ante situaciones comunes en contratos de obra, tales como la mayor permanencia en obra, que alteran de esta manera la ecuación financiera del contrato, dejando en situación de incertidumbre el cumplimiento del principio reparación integral⁶⁰.

Conforme a lo anterior, se pone de presente la teoría de la buena fe objetiva y del deber de información aplicada por el Consejo de Estado, frente a la justificación esbozada en cuanto a la utilización de la regla de oportunidad mencionada en la línea jurisprudencial expuesta en la Tesis 1; ahora bien, frente a la siguiente teoría empleada, esta es, el “*venire contra factum non valet*”, se entrará a analizar de forma sucinta algunos matices teóricos de esta regla técnica derivada del principio de la buena fe⁶¹.

⁵⁹ *Ibídem*.

⁶⁰ El artículo 16 de la Ley 446 de 1998, establece que: “*Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*”. Ciertamente al establecerse por parte del Consejo de Estado, una directriz que bajo ninguna circunstancia puede considerarse como absoluta, el principio de reparación integral en el marco de la responsabilidad civil, queda supeditado al cumplimiento de reglas formales, tal como se ha visto en algunos supuestos de hecho objeto de análisis en las sentencias integrantes de la línea jurisprudencial referida en el numeral 1 del presente documento, limitando en ese sentido la reparación del daño.

⁶¹ Sobre la consideración de analizar la teoría de los actos propios como una regla técnica, ver entre otros, PONCE DE LEÓN, Luis Diez-Picazo. *La doctrina de los propios actos*. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A, 1963, p. 128 – 133: “*No se dudará que la expresión “nadie puede ir lícitamente contra sus propios actos”, tiene el carácter evidente de una “regula iuris” (...) Así se comprende que la inadmisibilidad de “venire contra factum proprium”, que no es sostenible como un autónomo principio general del Derecho, sea fácilmente viable como derivación necesaria e inmediata de un principio*

2.2. “VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET”⁶².

2.2.1. ¿QUÉ DERECHOS COMPORTA LA CONFIGURACIÓN DEL “VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET”?

Gran parte de la doctrina ha establecido que este principio guarda una íntima relación con los postulados que se desprenden de la buena fe, al considerar que alguien que altere su comportamiento súbitamente, cuando ha generado en un tercero determinada expectativa de conducta, está faltando a las directrices básicas de proceder que se esperan de un buen hombre de familia, en los términos expresados en el derecho común⁶³.

Pero veamos como alguna parte de la doctrina ha tratado el tema. Para LÓPEZ MESA, Marcelo J64., el análisis nace a partir de lo que debe entenderse por la prohibición de ir contra los actos propios; comenta el autor que la idea es “simple”: “*nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro*”, y adicional a eso, introduce un elemento que no resulta de menor valía en el análisis que se desprende de los actos propios y es el actuar culposo o malintencionado de cara al cambio de comportamiento; más adelante dice:

“La doctrina de los actos propios prohíbe así la sorpresa, la volubilidad en el actuar y la emboscada, preservando el ámbito del litigio judicial, pero también el de las relaciones contractuales de los cambios bruscos de conducta, sean estos culposos o malintencionados”⁶⁵. (Subraya fuera de texto).

general universalmente reconocido: el principio que impone un deber de proceder lealmente en las relaciones de derecho (buena fe)”.

⁶² Valga decir que la institución de los actos propios proviene del Derecho romano a través de situaciones de casos desarrollados por juristas como Ulpiano y Celso, quienes a través de la resolución de los mismos dejaron consignados en diversos pasajes del Digesto, los primeros vestigios de esta teoría; sobre el particular ver CORRAL TALCIANI, Hernán. “La raíz histórica del adagio ‘venire contra factum proprium non valet’”. *Cuadernos de extensión jurídica* (U de los Andes), 2010 N° 18, pp. 19-33.

⁶³ HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*. Op., cit, p. 410.

⁶⁴ LÓPEZ MESA, Marcelo J. “La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación”. *Revista Vniversitas*, Universidad Javeriana, Bogotá (Colombia), jul-dic, 2009, N° 119, pp. 190-222.

⁶⁵ *Ibíd*em, p. 193.

Siguiendo esta línea de razonamiento y, con el fin de atar la teoría de los actos propios con la regla establecida por el Consejo de Estado, en cuanto al denominado “factor de oportunidad”, como se explicará más adelante, resulta notorio en varias de las situaciones de hecho analizadas por esta Corporación la ausencia del elemento “culpa”. Ahora bien, el “acto propio”, en sí mismo considerado en el marco del negocio jurídico, ha sido susceptible de diversos cuestionamientos, pero básicamente se encuentra determinado por las declaraciones de voluntad emanadas de las partes en relación con el objeto sobre el cual recae el vínculo, de ahí la expectativa de comportamiento que nace en la contraparte, dada la relación sinalagmática generada en virtud del perfeccionamiento del negocio. No obstante lo anterior y con el fin de ubicar la figura del “acto propio” en la dinámica del negocio jurídico, se tiene que alguna parte de la doctrina como PONCE DE LEÓN ha definido la figura, así:

“Cuando una de las partes trata de apartarse unilateralmente de un negocio jurídico regular y válidamente celebrado, o cuando trata de desconocer o de dejar de observar la regla de conducta que ella misma se ha impuesto en el negocio, o cuando intenta ejercitar sus derechos o cumplir sus deberes sin respetar las prescripciones negociales, se dice que va contra sus propios actos. Va contra sus propios actos porque contradice lo que ella misma ha declarado. La declaración de voluntad, el negocio jurídico es su “propio acto” que no puede lícitamente desconocer”⁶⁶
(Subraya fuera del texto).

Vemos pues, como en palabras del autor, resulta inadmisibles tolerar el desconocimiento de la palabra empeñada de forma primigenia, situación que fácilmente puede trascender al ámbito de las tratativas previas, en las cuales se empieza a generar en las partes la expectativa en cuanto al cumplimiento de la conducta. En otras palabras, la inobservancia de los actos declarados válidamente a través de la autonomía de la voluntad o de la expresión del consentimiento pueden generar el incumplimiento de las obligaciones a cargo por una de las partes y de ahí, la apertura de posibilidades que

⁶⁶ PONCE DE LEÓN. Op. cit., p 146.

brinda el derecho común, con relación a la aplicación de los medios llamados a dar cumplimiento al principio de reparación integral con el fin resarcir el daño.

Adicional a lo anterior y con el fin de reafirmar la ubicación conceptual de la figura en comento en el presente aparte, como una regla técnica derivada del principio de la buena fe, resulta pertinente traer a colación lo expuesto sobre el particular por parte de NEME VILLARREAL⁶⁷, frente a las conductas que dejan ver la íntima relación entre el principio y la regla así:

“Esta regla posee una estrecha relación con la fuerza vinculante de los acuerdos, con el reproche de toda conducta dolosa, con la necesaria consideración del interés ajeno y con la exigencia de proteger la confianza generada en la contraparte, presupuestos estos que emanan de la buena fe, nutriendo la esencia de su contenido y, a su vez, constituyen los elementos estructurales de la prohibición de venire contra factum proprium”. (Subraya fuera del texto).

Advierte la autora de esta manera, los presupuestos a partir de los cuales se deben adaptar los patrones de comportamiento de las partes, observando el cumplimiento de la palabra empeñada (pacta sunt servanda), y a través de la demostración de conductas enmarcadas en la lealtad y honestidad negocial, a fin de alcanzar los objetivos trazados por aquellas, desde los primeros acercamientos que dieron lugar a la concreción de la relación sinalagmática emanada de la autonomía de la voluntad. Lo anterior, so pena de las consecuencias jurídicas que se deriven de la conducta adoptada por ellas en el curso de la relación negocial, en apego a un deber de coherencia en el actuar y, por ende preservar la apariencia de un estado jurídico creado por la conducta de una de las partes que determina ulteriores pasos de la contraparte⁶⁸.

⁶⁷ NEME VILLARREAL, Martha Lucia. “Venire contra factum proprium”, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe”. En (varios autores). *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 13.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 32.

Y es en este punto donde resulta pertinente recordar los móviles que conducen tanto a la administración como al particular a desplegar sus conductas hacia la realización de un negocio jurídico. Así pues tenemos que el interés preponderante que genera en el Estado la celebración de un contrato público está determinado por la satisfacción de un bien común, atendiendo entre otras cosas al mandato constitucional de dar cumplimiento a los fines del Estado; *contrario sensu*, el interés del particular está guiado por la obtención de alguna utilidad económica causada en virtud del mismo vínculo generado por la administración.

Al tener de esta manera los intereses de las partes establecidos desde el momento primigenio de la relación contractual, es cuando entran a operar los deberes de coherencia y rectitud derivados del principio de la buena fe y la prohibición de ir contra los actos propios. Estas reglas resultan desdibujadas al tratar de imponerlas como absolutas por la jurisprudencia, en lo que corresponde a los momentos en los cuales se debe proceder a dejar salvedades o constancias de insatisfacción por los desequilibrios económicos que se generan durante la ejecución del contrato.

2.2.2. DE LA DOCTRINA ALEMANA DE LA “VERWIRKUNG”⁶⁹

La omisión en el ejercicio del derecho de manera desleal, se constituye en la piedra angular de esta teoría, donde a su vez resulta pertinente indicar, siguiendo a PONCE DE LEÓN⁷⁰ que se trata de un caso especial de la inadmisibilidad del ejercicio de un derecho por contravención a la buena fe, o si se prefiere, un caso especial de abuso de derecho, que se configura cuando un derecho es ejercido con un retraso desleal.

⁶⁹ Se considera necesario traer a colación la figura alemana de la “*verwirkung*”, la cual se estructura a partir de desarrollos jurisprudenciales en ese país, y traduce “deseficacia”. Propone protección de la confianza de las partes y de la buena fe contraída en virtud del negocio jurídico; también es ubicada dentro de los supuestos de hecho de en los cuales se configura el abuso del derecho. Su origen se remonta al siglo XIX en una sentencia del Reichsoberhandelsgericht del 20 de octubre de 1877. Véase Vaquer y Cucurull, “Solvencia recuperada en buen momento” Aplicaciones jurisprudenciales de la *Verwirkung* en el juicio ejecutivo”, Revista para el Análisis del Derecho 274, Indret, Barcelona, febrero 2005, pág. 3, citado por BERNAL FANDIÑO, Mariana. “El deber de coherencia en los contratos y la regla del venire contra factum proprium”. *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. ildi*. Bogotá (Colombia), N° 13, noviembre de 2008, p. 291-321.

⁷⁰ PONCE DE LEÓN. Op. cit., p. 94.

La teoría de la *verwirkung*, aparte de resultar íntimamente relacionada con la teoría de los actos propios, pone de presente el factor oportunidad; en efecto, esta teoría se concreta cuando un individuo espera un período significativo para hacer valer su propio derecho y a causa de ese comportamiento, se origina en el sujeto obligado la legítima confianza de que el derecho no será ya ejercitado. En tal circunstancia, el titular puede verse privado de la posibilidad de ejercer ese derecho⁷¹. Vemos pues como esta teoría insta al titular del derecho a ejercerlo en el momento que le corresponde hacerlo, so pena de generar en la contraparte la confianza de que el mismo no será ejercido; sin embargo, esta teoría no opera de pleno derecho sino que se requiere de unos supuestos básicos para su aplicación que desarrollan en estricto sentido lo expuesto por FILIPO RANIERI, tales como:

“(...) además del transcurso significativo de un período de tiempo, se requiere que el titular no haya ejercido su derecho, pero a su vez que no lo haya ejercido estando en una situación de haber podido hacerlo. En tercer lugar se requiere que el titular del derecho haya generado confianza en el sujeto pasivo de que el derecho no será ejercido, y en cuarto lugar que se cause un perjuicio al sujeto pasivo”⁷². (Subraya fuera del texto)

Pareciera entonces que el Consejo de Estado al establecer la regla de oportunidad de que trata el presente trabajo, basa su razón del dicho precisamente en que el titular del derecho, en este caso el contratista colaborador de la administración, al no efectuar las reclamaciones económicas en momentos determinados, está “renunciando” a dicha prerrogativa, generando, de forma correlativa, la confianza en el Estado de que el mismo no será ejercido y por ende predicar la contrariedad con los postulados de la buena fe si llegare a reclamar en un momento ulterior⁷³.

⁷¹ RANIERI, Filippo: *Rinuncia tacita e verwirkung*. Publicaciones del Instituto de Derecho Privado y Comparado de la Universidad de Milán. Padua, Cedam., 1971, prólogo, Cit. *Ibidem*.

⁷² BERNAL FANDIÑO. *Op cit.*, p. 297.

⁷³ Más adelante se entrará a analizar, las consecuencias derivadas de esta interpretación, empezando entre otras cosas, por el desconocimiento del amparo legal del cual goza el contratista del Estado para hacer salvedades por reclamaciones económicas en el acta de liquidación (Art 11 de la Ley 1150 de 2007).

Por ahora vemos cómo el “retraso desleal” y la inactividad en el ejercicio de los derechos resultan ser los elementos preponderantes que sustentan la aplicación de esta teoría y que en últimas resulta guardando coherencia con las tesis desarrolladas por la alta Corporación.

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena en este punto reflexionar sobre ¿qué papel desempeña el llamado retraso desleal, frente al hecho de que la Ley contemple términos de prescripción o caducidad para el ejercicio de la acción que corresponda por parte del contratista?, ¿acaso puede el Estado confiar en que un derecho no será ejercido, cuando el término de caducidad aún no se ha vencido?

Ciertamente consideramos que la jurisprudencia del Consejo de Estado, no puede subrogar una regla de oportunidad, respecto de las disposiciones legales que regulan el procedimiento de los medios de control en cuanto a sus términos perentorios, entre otras cosas porque pretender usar como argumento el llamado “retraso desleal”, para limitar o en su defecto negar la posibilidad del contratista de hacer un reclamo judicial por el desequilibrio económico que se alega, se podría ver como una clara afrenta al derecho que le asiste a este de acceder a la administración de justicia, máxime si no se ha dado cumplimiento a los plazos legales de caducidad⁷⁴.

2.3. ¿QUÉ CONSECUENCIAS SE HAN DERIVADO DEL ESTABLECIMIENTO DE ESOS LÍMITES?

A partir de la implementación de la regla de oportunidad mencionada, esgrimida y desarrollada en sus alcances por la Sección Tercera del Consejo de Estado desde el año 1992, hemos visto diferentes supuestos de hecho que permiten evidenciar que la misma se ha erigido como una limitante para la reparación del daño del contratista colaborador de la administración, al restarle mérito a reclamaciones económicas que no quedan

⁷⁴Ver BENAVIDES, José Luís. *El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. 2ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 144.

consignadas en las oportunidades definidas por la alta corporación, como presupuesto *sine qua non*, para que estas sean evaluadas por la Entidad y eventualmente reconocidas, ya sea en sede de liquidación o a través de las instancias judiciales pertinentes.

Así las cosas, y a partir de la idea general planteada, se procederá a analizar tres situaciones que estarían afectando la labor del contratista del Estado, en lo que corresponde a situaciones enmarcadas bajo la mayor permanencia en obra, y que directamente tienden a alterar la ecuación financiera del contrato, más allá del establecimiento de la naturaleza del contrato estatal que de por sí, ha de considerarse como de adhesión⁷⁵ en el cual aquel se encuentra supeditado a las potestades y prerrogativas propias de que goza la administración para ponerlas en función del interés general; estas situaciones son: i) creación de una presunción de mala fe frente a la conducta del contratista del Estado; ii) inobservancia del principio de reparación integral; iii) prevalencia del derecho formal sobre el sustancial y iv) restricción del derecho de acción frente a la administración de justicia.

2.3.1. CREACIÓN DE UNA PRESUNCIÓN DE MALA FE FRENTE A LA CONDUCTA DEL CONTRATISTA DEL ESTADO.

El Constituyente de 1991 introdujo en el artículo 83 de la Carta Política, la denominada cláusula general de buena fe, estructurada a partir del establecimiento de una presunción entre las dinámicas negociales de los particulares y el Estado:

“ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”⁷⁶.

⁷⁵ Ver sobre el particular: MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1970, p. 137: “(...) en materia de contratos administrativos, la expresión de voluntad de las partes y la elaboración de las cláusulas del contrato, tanto pueden lograrse mediante una libre discusión entre las partes interesadas, como “adhiriéndose” el administrado –co-contratante- a cláusulas prefijadas al respecto por el Estado. Esto último es lo que la doctrina del derecho denomina “contrato por adhesión”.

⁷⁶ Constitución Política de Colombia de 1991.

Consideramos que este postulado constitucional irradia todas las actuaciones que se adelantan ante y/o con la administración, incluso las que se generan en virtud de vínculos contractuales, pues es en la dinámica de las mismas, donde las expresiones de lealtad, confianza y ausencia de dolo marcarán el derrotero de cara al eventual cuestionamiento que se le llagare a hacer al contratista colaborador de la administración. Sin perjuicio de lo anterior y siguiendo a NEME VILLARREAL “(...) *debe tenerse presente que la administración no puede en ningún caso abusar de su posición en la relación contractual extralimitando su derecho a exigir el cumplimiento de determinados requisitos, abusando de las formalidades o de sus poderes dentro del contrato, como quiera que en todo caso la administración está sujeta a los postulados del principio de buena fe que no tolera este tipo de atropellos*”⁷⁷ (Subraya fuera del texto)

No obstante lo anterior, vemos como la regla de oportunidad creada por el Consejo de Estado contradice el postulado constitucional señalado al generar una presunción de mala fe frente al contratista por faltar al deber de información emanado ciertamente de la buena fe y ante la inobservancia de seguir las oportunidades para consignar las reclamaciones económicas y/o constancias de insatisfacción a que haya lugar, so pena de que las mismas sea inanes de cara a una reclamación ulterior. Así lo señala ÁLVAREZ CONTRERAS, abordando la misma problemática de la siguiente manera:

“Son las circunstancias del caso, vistas cada una en su contexto, las que deben ser tenidas en cuenta para concluir que el contratista ha perdido su derecho por infringir los postulados de la buena fe. Abstraerse o prescindir de ellas, analizando aisladamente una sola de las piezas de la relación contractual, conduce, en la práctica a la creación de una presunción –que se hace irrefragable- de mala fe del contratista que no consigna sus reclamos en las suspensiones o adiciones de plazo, lo cual violenta

⁷⁷ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. “La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio”. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 2010, N° 18, pp. 65-94.

importantes principios constitucionales [Artículo 83 – Constitución Política]”⁷⁸ (Subraya fuera del texto).

Lo que se pretende significar con lo expuesto anteriormente, es que la ausencia de salvedades en los documentos contractuales modificatorios no siempre debe interpretarse por parte de la Administración como que las mismas han quedado satisfechas para el contratista y bajo ese supuesto determinar que se ha creado una confianza en la Entidad que no habrá eventualmente reclamaciones; bien podría la misma entrar a analizar el contenido de aquellas en un momento posterior como expresión garantista de la protección a la confianza legítima creada en el contratista a partir de la relación sinalagmática con ocasión del vínculo contractual. Sobre el particular, se considera necesario poner como ejemplo lo sucedido en el marco de la justicia arbitral⁷⁹, específicamente en el salvamento de voto efectuado por el doctor William Namen Vargas en el laudo arbitral que data del 10 de febrero de 2015 entre Confase S.A, contra el IDU y Transmilenio S.A⁸⁰; allí se dijo:

“(…) la celebración de un acuerdo entre el contratista y la entidad estatal sobre la suspensión o la prórroga del contrato, no la exime del deber de indemnizar los posibles sobrecostos imputables a su conducta e incurridos por el contratista ni priva a éste del derecho a reclamarlos cuando haya lugar a los mismos y se demuestren dentro del proceso. Luego, el acuerdo de las partes sobre la suspensión del contrato o la extensión de su plazo, simplemente constituye una herramienta para regular los efectos de la suspensión, pero no supone una renuncia tácita del derecho que le asiste al contratista respecto del reconocimiento de los sobrecostos en que haya podido incurrir como consecuencia de su mayor permanencia en obra.

⁷⁸ ÁLVAREZ CONTRERAS, Juan Miguel. “El incumplimiento como causa de ruptura del equilibrio económico del contrato”. *Con-texto - Revista de Derecho y Economía*, Universidad Externado de Colombia, ene-jun, 2017, n° 47, pp. 41-87.

⁷⁹ Confrontar con SILVA GARCIA, Fernando. “Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral”. *Revist@ - Mercatoria*, Universidad Externado de Colombia 2007, vol.: 6, N° 2, pp. 1-64

⁸⁰ Laudo arbitral del 10 de febrero de 2015, constructora Bogotá Fase III S.A., Confase S.A. vs. Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A., Cámara de comercio de Bogotá. En este caso las pretensiones de la empresa convocante estuvieron marcadas por el reconocimiento de una mayor permanencia en obra, con ocasión de situaciones que a su juicio resultaban imputables a la parte convocada.

Cualquier renuncia en este sentido deberá ser clara y expresa". (Subraya fuera del texto).

Adicional a reivindicar la tesis expuesta por la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el particular de los años 90's, en cuanto a establecer que la omisión en la consignación de salvedades o constancias de insatisfacción en los documentos y momentos referidos no supone de suyo la renuncia al derecho,⁸¹ el Dr. Namen pone de presente la imposibilidad de que la Entidad se exima del deber de indemnizar los hechos que resulten imputables a su proceder, siempre y cuando obre plena prueba que permita al operador jurídico tener los elementos de juicio suficientes para evidenciar el daño irrogado al contratista.

Finalmente y en cuanto a la buena fe, resulta necesario indicar lo expuesto a través del laudo arbitral del 31 de enero de 2017, con las mismas partes indicadas en el laudo referido de forma precedente en el que se expuso:

"(...) si no se ejercen las vías de arreglo directo durante la ejecución del contrato, y se guarda silencio, éste silencio no puede asimilarse a una conducta contraria a la buena fe contractual, ni pasa absolutamente nada para los intereses de las partes que se sientan afectadas con el presunto incumplimiento de la contraparte". (Subraya fuera del texto).

Lo anterior teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico colombiano permite, en sede de liquidación, elevar las reclamaciones económicas a que haya lugar y por ende proceder eventualmente ante la administración de justicia para poner en consideración la existencia de un desequilibrio o alteración de la ecuación financiera del contrato. Este punto será desarrollado con más precisión en el numeral 2.3.4 del presente artículo.

⁸¹ De conformidad con lo establecido por el artículo 15 del Código Civil, "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia". Así las cosas para que se predique la renuncia al derecho, la configuración de la misma debe ser expresa y no tácita, como manifestación libre y espontánea del principio de autonomía de la voluntad.

2.3.2. INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL - EL FACTOR DE OPORTUNIDAD SE ERIGE COMO UN LÍMITE A LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

En el marco del derecho de daños y más específicamente en el de la configuración de la responsabilidad civil⁸² como presupuesto para proceder a reparar los perjuicios antijurídicos causados al titular de un derecho lícito, se tiene que el principio de reparación integral se erige como el elemento transversal de aplicación frente a los daños causados, entendidos estos últimos como “(...) *el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial*”⁸³, o en su defecto y desde la perspectiva de DE CUPIS: “*el nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable*”⁸⁴. De cualquier forma, el enfoque que se pretende exponer en el presente acápite, supera el estadio del daño en estricto sentido al tenerlo como probado en alguno de los supuestos de hecho relacionados en algunas sentencias de la línea jurisprudencial expuesta, en las cuales se hace evidente el incumplimiento de la administración, generando situaciones tales como la mayor permanencia en obra de los contratistas, y por el contrario se sitúa en el escenario de la compensación o reparación a la que por ministerio de la Ley tendrían derecho estos últimos, al ser los titulares de situaciones jurídicamente protegidas por el ordenamiento jurídico y que han resultado menoscabadas por conductas de la administración. Ha establecido el Consejo de Estado sobre el principio de reparación integral que el mismo:

⁸² Responsabilidad civil como figura jurídica según la cual se, “*evoca la idea de un daño sufrido por alguien y la obligación de repararlo a cargo de alguien más. La reparación del daño constituye la sanción que sigue a la comprobación de la responsabilidad*”, en: VISINTINI, Giovanna, *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*, Trad. CELLURALE Mariateresa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 13.

⁸³ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la responsabilidad civil, “De los perjuicios y su indemnización”*, Tomo II. 2ed. Bogotá: Ed. Temis, 1986, p. 5.

⁸⁴ DE CUPIS, Adriano. *El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Trad. Ángel Martínez Sarrión, 2ed, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1970, p. 81. Véase también en: HENAO, Juan Carlos. *El Daño – Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

“(...) orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad al tipo de daño producido (...).”⁸⁵

Se tiene pues, que el enfoque de la aplicación del principio de reparación integral, busca principalmente “volver las cosas al estado anterior” a la producción del daño, No obstante lo anterior, al privilegiarse escenarios de oportunidad para hacer viable posteriormente reclamaciones económicas, de acuerdo a la tesis vigente defendida por el Consejo de Estado, consideramos que el cumplimiento del principio de reparación integral se ve menguado y limitado, frente a la protección efectiva del derecho sustancial, tal como se entrará a analizar en el punto subsiguiente.

2.3.3. PREVALENCIA DEL DERECHO FORMAL SOBRE EL SUSTANCIAL - HACIA UN USO EXACERBADO DE LA REGLA DE OPORTUNIDAD QUE DEJA EN UN SEGUNDO PLANO EL RECONOCIMIENTO DE LAS GARANTÍAS LEGALES CON LAS QUE CUENTA EL CONTRATISTA PARA HACER VALER SU DERECHO.

En algunas sentencias analizadas en la línea jurisprudencial referida en el numeral 1⁸⁶, se pudo constatar que, a pesar de la ausencia de salvedades en las suspensiones u otrosíes, existía prueba de las diversas reclamaciones que el demandante elevó a la administración de manera previa, simultánea y posterior a dichos documentos, en relación con el desequilibrio económico del contrato. Estas comunicaciones se hicieron a través de diversos oficios remitidos a la Administración, que frente al análisis del caso se constituyeron en medios de prueba inocuos para la Sección Tercera del Consejo de Estado dada la omisión del contratista de proceder para el efecto al momento de la suscripción de las suspensiones, adiciones o prórrogas. Por lo anterior, se considera ligera y perjudicial la posición asumida por la alta Corporación, para los daños

⁸⁵ CE, Sección Tercera, Subsección C, 20 de octubre de 2014, C.P. Enrique GIL BOTERO, 40.060.

⁸⁶ Ver entre otras: sentencia del CE, Sección Tercera, Subsección C, 20 de octubre de 2014. C.P. Jaime Orando SANTOFIMIO GAMBOA, 24809.

potenciales de ser resarcidos, privilegiando la formalidad de los escenarios dispuestos para ello.

Así las cosas, el tratar de imponer como absoluta una regla jurisprudencial contentiva de un factor de oportunidad para efectos de consignar reclamaciones económicas, puede afectar y contrariar distintos preceptos constitucionales de orden público, como es el caso de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental (artículo 228 de la Constitución Política).⁸⁷

En la misma vía se ha pronunciado la Corte Constitucional al indicar que las formas bajo ninguna circunstancia deben representar una limitante para ejercicio pleno del derecho sustancial del acceso efectivo a la administración de justicia:

(...) por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas. Ahora bien, con fundamento en el derecho de acceso a la administración de justicia y en el principio de la prevalencia del derecho sustancial, esta Corporación ha sostenido que en una providencia judicial puede configurarse un defecto procedimental por “exceso ritual manifiesto” cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales”⁸⁸. (Subraya fuera del texto).

Haciendo un símil frente a la aplicación del extremo rigor de las normas procesales referidas por la Corte Constitucional, respecto de la directriz de procedibilidad aplicada por el Consejo de Estado, esta última podría ser considerada como la manifestación del exceso ritual manifiesto, pues siguiendo a MOSSET ITURRASPE, la labor judicial entre otras cosas se encuentra enmarcada por la aplicación del principio de equidad el cual se traduce en establecer que: “(...) *la interpretación integradora del Derecho de*

⁸⁷ “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

⁸⁸ CCons. T-268/2010, M.P. Jorge Iván PALACIO PALACIO.

fondo se da de la mano con una labor judicial donde la “verdad” tenga una franca prevalencia sobre el ‘ritual’.”⁸⁹

De ahí la imposibilidad de que la regla denominada “factor de oportunidad” pueda dársele un tratamiento de principio y por ende no admita excepciones, si se tiene en cuenta que cada caso en su conjunto reúne unas características particulares. Tal es el caso de la sentencia indicada al comienzo del presente numeral, en la cual se le restó valor probatorio a las comunicaciones enviadas a la Entidad Estatal reclamando el desequilibrio económico por no poseer la formalidad ya indicada de hacerse las reclamaciones en los momentos oportunos a juicio de la alta Corporación.

Ahora bien, resulta pertinente en este punto traer a colación el tema de la justicia contractual, la cual se funda en el principio de equidad y que de forma principal apunta a que en el marco de la relación contractual se adopten medidas que resulten coherentes con los pactos prestacionales acordados. Así lo ha establecido ORDOQUI CASTILLA, indicando que la autonomía de la voluntad de las partes al instrumentar un contrato:

“debe coordinar propuestas que respeten la justicia contractual pues sólo pueden y deben actuar de buena fe. En ocasiones los límites a la injusticia contractual parten de la vigencia de un “orden público económico”, denominado específicamente de protección, que actúa adoptando medidas en favor y protección del débil en pos de una mayor justicia contractual”⁹⁰.

En ese sentido resulta ser la justicia contractual uno de los referentes principales sobre los cuales debe cuestionarse la premisa adoptada por el Consejo de Estado, de cara a las reclamaciones económicas que se pretendan elevar por los contratistas de la administración en los momentos establecidos para ello.

⁸⁹ ITURRASPE MOSSET, Jorge. *Interpretación económica de los contratos – Justicia Contractual*. Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 1994, p. 93.

⁹⁰ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Buena fe contractual*. 2ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Colección Internacional N° 5, 2012. p. 306.

2.3.4. RESTRICCIÓN DEL DERECHO DE ACCIÓN FRENTE AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - INOBSERVANCIA DEL RESTABLECIMIENTO DE LOS INTERESES LEGÍTIMOS DEL CONTRATISTA COLABORADOR DE LA ADMINISTRACIÓN.

Ante la ausencia de salvedades en los textos de las suspensiones u otrosíes y dada la implementación de la regla técnica consistente en el factor de oportunidad, las demandas que se interpongan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo estarán destinadas al fracaso por haber faltado al deber de información como manifestación del principio de la buena fe⁹¹.

Y es que el derecho fundamental del acceso a la administración de justicia debe considerarse como la posibilidad efectiva de que los jueces de la República fallen los casos de fondo y restablezcan los derechos de los ciudadanos cuando el acervo probatorio brinde suficientes elementos de juicio para proceder para el efecto, excluyendo la posibilidad de que el mismo se limite al accionar operativo del aparato judicial para que el resultado final resulte intrascendente, habida cuenta de las pretensiones formuladas en el texto de la demanda. Así lo ha establecido la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“El derecho a la administración de justicia ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos”⁹². (Subraya fuera del texto).

Siguiendo esta línea de razonamiento, adherimos a lo expuesto en el laudo arbitral ante citado, con relación a la limitante creada para los contratistas para reclamar sus derechos en sede judicial:

⁹¹ ÁLVAREZ CONTRERAS. Op. cit., p. 79.

⁹² CCons. T-283/2013, M.P. Jorge Ignacio PRETEL CHALJUB.

“Decir que cuando el contratista, en los casos de prórroga o de contratos adicionales, guarda silencio o no deja salvedades sobre los reclamos que hasta ese momento pueda tener, es darle no solo obligatoriedad a las vías de arreglo directo contempladas en la cláusula 21 del contrato 136, sino también coartar el derecho de acción que tienen todas las partes contratantes una vez termine el contrato o se ejecutorie el acto de liquidación”⁹³. (Subraya fuera del texto).

En virtud de lo anterior, bien puede ocurrir que una vez culminado el contrato, se dejen las salvedades a que haya lugar en el acta de liquidación respectiva, y eventualmente valerse del medio de control de controversias contractuales⁹⁴ y de forma correlativa del término de caducidad del cual goza el titular del derecho para el efecto, estos es, de dos (2) años contados a partir de los motivos de hecho o de derecho que le sirven de fundamento⁹⁵.

CONCLUSIONES:

- ✓ El Consejo de Estado con la aplicación de la regla de oportunidad establecida está creando en contra del contratista colaborador de la administración, una presunción de mala fe, y/o de renuncia a un derecho la cual carece de sustento legal, al pretender extender los efectos del acta de liquidación bilateral a documentos contractuales suscritos en ejecución del contrato tales como, prórrogas, adiciones, suspensiones u otrosíes, en cuanto a las consecuencias que trae consigo la omisión del contratista frente a las constancias de insatisfacción o reclamaciones por desequilibrio económico que surjan con ocasión del contrato, como requisito *sine qua non*, que le permita posteriormente acudir a la administración de justicia.

⁹³ Laudo Arbitral del 31 de enero de 2017, Constructora Bogotá Fase III S.A., Confase S.A. vs Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- y Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A., Cámara de Comercio de Bogotá.

⁹⁴ CPACA, Art 141.

⁹⁵ CPACA, Art 164, literal j.

- ✓ Se pretende reivindicar la postura asumida por el Consejo de Estado en los años 90's, explicada con suficiencia en la **TESIS 2**⁹⁶, la cual indica que la no consignación de reclamaciones por desequilibrios económicos en suspensiones, prórrogas o contratos adicionales, no significa la renuncia al derecho. Dicho silencio no puede asimilarse a un actuar genérico contrario al principio de la buena fe y de los actos propios, pues serán los supuestos de hecho en cada caso los que permitan cuestionar la conducta desplegada por el contratista. Por lo mismo nos permitimos resaltar y adherir a la tesis expuesta por el Dr. William Namen⁹⁷ en el laudo arbitral relacionado en el numeral 2.3.1. del presente artículo, en la cual se concluye que dicha omisión, bajo ninguna circunstancia puede entenderse como una renuncia tácita del derecho por parte del contratista, ni exime a la administración del deber de indemnizar los posibles sobrecostos imputables a su conducta e incurridos por el contratista, privando a este del derecho a reclamarlos cuando haya lugar a los mismos y se demuestren dentro del proceso.

- ✓ Resulta inconveniente dar aplicación y vigencia a una regla de oportunidad de raigambre jurisprudencial, que difiere de las previsiones legales establecidas, particularmente frente a lo regulado por el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007 en su inciso final, el cual establece como un derecho del contratista la posibilidad de dejar salvedades al momento de suscribir el acta de liquidación por mutuo acuerdo. Adicionalmente no se pueden pasar por alto, los términos legales de caducidad establecidos para los diferentes medios de control que le permiten al contratista hacer uso de sus derechos en sede judicial, y pretender que en virtud de la regla de oportunidad ya comentada, se genere la confianza en la administración de que los mismos no se llevarán a cabo y por ende tener como inviables reclamaciones que

⁹⁶ Ver entre otras: CE, Sección Tercera, 30 de septiembre de 1994, C.P. Carlos BETANCUR JARAMILLO, 8129; CE, Sección Tercera, C.P. María Elena, GIRALDO GÓMEZ, 2 de octubre de 2003, 14394; CE, Sección Tercera, 9 de marzo de 2000, C.P. Ricardo HOYOS DUQUE, 10540.

⁹⁷ Laudo arbitral del 10 de febrero de 2015, constructora Bogotá Fase III S.A., Confase S.A. vs. Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A., Cámara de comercio de Bogotá.

se hagan fuera de los momentos establecidos de acuerdo a la regla de oportunidad por ser resultar “extemporáneas”.

- ✓ Atendiendo los postulados que emanan tanto del principio de la buena fe, así como de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, se considera que las comunicaciones que se eleven por parte del contratista hacia la administración cuyo contenido se encuentre determinado por reclamaciones económicas a que haya lugar y que no se enmarquen necesariamente dentro de las oportunidades establecidas por el Consejo de Estado, corrigen *prima facie* cualquier sospecha que llegare a configurarse respecto de la actuación del contratista, relacionada con ir contra los actos propios, la buena fe, el deber de información o la confianza legítima. Habrá que verse el caso concreto, los tiempos, las modalidades de la reclamación, la completud de la misma, etc.

- ✓ Durante la ejecución contractual, la mayoría de veces no es posible conocer con grado de certeza las circunstancias que determinan el desequilibrio del contrato al momento de suscribir contratos adicionales u otrosíes; no en vano, es el mismo Consejo de Estado el que prevé la excepción respecto de la consignación de salvedades en el acta de liquidación con relación a hechos que no han ocurrido para dicho momento⁹⁸; así las cosas, consideramos que más allá de las reglas de oportunidad que se establezcan para hacer viable una reclamación económica, el debate debe tener como referente entre otras cosas, el acervo probatorio que permita al operador jurídico contar con los elementos de juicio suficientes de cara a la reparación del daño que se llegare a probar.

- ✓ Independientemente de las cláusulas contractuales, al contratista colaborador de la administración le asiste el deber de actuar conforme a los postulados que emanan de la buena fe objetiva, cumpliendo de esta manera con el deber de información y

⁹⁸ CE, Sección Tercera, 22 de abril de 2009, C. P. Enrique GIL BOTERO, 15.598.

lealtad, adelantando un comportamiento que no excluya el interés del otro contratante, el cual debe ser cumplido y cuya satisfacción depende en gran parte de la corrección de la conducta propia, tal como lo señala el Consejo de Estado.

- ✓ Coincidimos que las salvedades que se suscriban al momento del acta de liquidación por mutuo acuerdo, deben responder a la realidad jurídica y funcional del contrato una vez su plazo de ejecución ha fenecido y por ende evitar ser plasmadas de una forma vaga, ambigua e indeterminada sin que respondan a ningún criterio sólido que justifique su existencia. No obstante lo anterior, cada caso deberá evaluarse de acuerdo a las circunstancias concretas y se deberá dar especial importancia a los elementos probatorios que conduzcan al operador jurídico a determinar la viabilidad de los reconocimientos a que haya lugar, buscando dar cumplimiento que las condiciones iniciales del contrato, culminen de acuerdo a lo esperado por los intereses legítimos de cada parte.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

AGUADO LLOBET I, Josep. *El deber de información de los contratos*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 1996.

ÁLVAREZ CONTRERAS, Juan Miguel. “El incumplimiento como causa de ruptura del equilibrio económico del contrato”. *Con-texto - Revista de Derecho y Economía*, Universidad Externado de Colombia, ene–jun, 2017, n° 47.

BENAVIDES, José Luis. *Contratos públicos: estudios*. (Temas de Derecho Administrativo; 5). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

_____. *El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. 2ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

BERNAL FANDIÑO, Mariana. “El deber de coherencia en los contratos y la regla del venire contra factum proprium”. *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. ildi*. Bogotá (Colombia), N° 13, noviembre de 2008.

- CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. “El deber de información contractual y sus límites”. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, julio-dic, 2011, 21.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. “La raíz histórica del adagio ‘venire contra factum proprium non valet’”. *Cuadernos de extensión jurídica* (U de los Andes), 2010 N° 18.
- DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Bogotá: Legis, 2016.
- DE CUPIS, Adriano. *El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Trad. Ángel Martínez Sarrión, 2ed, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1970.
- EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, (Derecho Administrativo; 19).
- HENAO, Juan Carlos. *El Daño – Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- HERNÁNDEZ SILVA, Aida Patricia. “La liquidación del contrato estatal”. *Rev. Digital de Derecho Admin. I*: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*. Vol. I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- _____. *Tratado de las obligaciones*. 3ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- _____. “El deber de sinceridad del tomador del seguro en su declaración del estado del riesgo”. *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros, Pontificia Universidad Javeriana*, dic, 2007, 27
- ITURRASPE MOSSET, Jorge. *Interpretación económica de los contratos – Justicia Contractual*. Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 1994.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. 2ed. Bogotá. Ed: Legis Editores S.A, 2006.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J. “La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación”. *Revista Vniversitas*, Universidad Javeriana, Bogotá (Colombia), julio-dic, 2009, N° 119.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1970.

NEME VILLARREAL, Martha Lucía. “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”. *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia. 11-2006.

_____. “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”. *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia. 17-2009.

_____. *La buena fe en el derecho romano. La extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. 2ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

_____. “Venire contra factum proprium”, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe”. En (varios autores). *Estudios de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*. Tomo III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. “La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio”. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 2010, N° 18.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Buena fe contractual*. 2ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Colección Internacional N° 5, 2012.

PONCE DE LEÓN, Luis Diez-Picazo. *La doctrina de los propios actos*. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A, 1963.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *El equilibrio económico de los contratos administrativos*. 2ed. Bogotá: Ed. Temis, 2012.

SALGADO SUAREZ, José Fernando. “Prevalencia del derecho sustancial” *Revista de Derecho Penal Y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, 2000, 21 (68), pp. 217-221.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

SILVA GARCÍA, Fernando. “Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral”. *Revist@ - Mercatoria*, Universidad Externado de Colombia 2007, vol.: 6, N° 2.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la responsabilidad civil, "De los perjuicios y su indemnización"*, Tomo II. 2ed. Bogotá: Ed. Temis, 1986.

VERANO HENAO, Sandra Patricia. "La Distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio financiero", en MONTAÑA PLATA, Alberto y RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván (Editores). *Contratos Públicos: problemas, perspectivas y prospectivas, XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

VISINTINI, Giovanna, *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*, Trad. CELLURALE Mariateresa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

JURISPRUDENCIA

CONSEJO DE ESTADO

- ✓ Sección Tercera, 23 de junio de 1992, C.P. Daniel Suarez Hernández, 6032.
- ✓ Sección Tercera, 30 de septiembre de 1994, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, 8129.
- ✓ Sección Tercera, 15 de octubre de 1999, C.P. Ricardo Hoyos Duque, 10929.
- ✓ Sección Tercera, 9 de marzo del 2000, CP: Ricardo Hoyos Duque, 10540.
- ✓ Sección Tercera, 22 de noviembre de 2001, C.P. María Elena Giraldo Gómez, 13356.
- ✓ Sección Tercera, Sección Tercera, 30 de octubre de 2003, C.P. María Elena Giraldo Gómez, 17213.
- ✓ Sección Tercera, 2 de octubre de 2003, CP. María Elena Giraldo Gómez, 14394.
- ✓ Sección Tercera, 7 de marzo de 2007, C.P. Enrique Gil Botero 15.799.
- ✓ Sección Tercera, 19 de febrero de 2009, C.P. Enrique Gil Botero, 19.055.
- ✓ Sección Tercera, 22 de abril de 2009, C. P. Enrique Gil Botero, 15.598.
- ✓ Sección Tercera, 4 de febrero de 2010, C.P. Enrique Gil Botero, 15.400.
- ✓ Sección Tercera, Subsección C, 22 de junio de 2011, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 18836.
- ✓ Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacios, 18080.
- ✓ Sección Tercera, 9 de mayo de 2012, C.P. Enrique Gil Botero, 22087.
- ✓ Sección Tercera, Subsección C, 18 de julio de 2012, C.P. Enrique Gil Botero, 21483.
- ✓ Sección Tercera, Subsección B, 29 de octubre de 2012, C.P. Danilo Rojas Betancourth, 21429.
- ✓ Sección Tercera, Subsección C, 26 de septiembre de 2013, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz, 23517.
- ✓ Sección Tercera, Subsección C, 20 de octubre de 2014. C.P. Jaime Orando Santofimio Gamboa, 24809.

- ✓ Sección Tercera, Subsección C, 9 de abril de 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 32774.
- ✓ Sección Tercera, Subsección C, 28 de mayo de 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 30.290.
- ✓ Sección Tercera, Subsección C, 28 de mayo de 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 35625.
- ✓ Sección Tercera, Subsección C, 28 de mayo de 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 36644.
- ✓ Sección Tercera, Subsección C, 1 de junio de 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 34.095.
- ✓ Sección Tercera, Subsección C, 6 de julio de 2015, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz, 32428.
- ✓ Sección Tercera, Subsección C, 27 de enero de 2016, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 53288.
- ✓ Sección Tercera, Subsección C, 29 de marzo de 2017, C.P. Danilo Rojas Betancourth, 36714.
- ✓ Sección Tercera, Subsección B, 14 de junio de 2017, C.P. Danilo Rojas Betancourth, 38134.
- ✓ Sección Tercera, Subsección C, 29 de enero de 2018, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 52666.

CORTE CONSTITUCIONAL

- ✓ T-268/2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- ✓ T-283/2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- ✓ T-234/2017, M.P. María Victoria, Calle Correa

CORTE SUPERMA DE JUSTICIA

- ✓ Civil, 19 de diciembre de 2018, M.P. Edgardo Villamil Portilla, 5665-01.

LAUDOS ARBITRALES

- ✓ Del 10 de febrero de 2015, constructora Bogotá Fase III S.A., Confase S.A. vs. Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A., Cámara de comercio de Bogotá.
- ✓ Del 31 de enero de 2017, Constructora Bogotá Fase III S.A., Confase S.A. vs Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A., Cámara de Comercio de Bogotá.

ANEXO: GRÁFICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL, UN CONTRATISTA QUE NO HA MANIFESTADO LA EXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO EN LAS OPORTUNIDADES ESTABLECIDAS PARA ELLO, PUEDE POSTERIORMENTE EXIGIR UN RESTABLECIMIENTO DEL MISMO SIN QUE CON ELLO TRASGREDA SUS PROPIOS ACTOS Y EL PRINCIPIO DE BUENA FE?

Tesis 1

La consignación de salvedades y/o reclamaciones económicas en la ejecución de contratos estatales por parte del contratista deben hacerse en momentos determinados tales como: i) suspensiones, ii) prórrogas, iii) otrosíes o contratos adicionales; no hacerlo en dichos escenarios, implica un actuar contrario a la buena fe y al deber de información que le asiste a aquel, resultando extemporánea cualquier reclamación que se efectúe en un momento ulterior.

NOTA: Se aclara que las sentencias que hacen parte de la línea jurisprudencial, fueron expedidas por el Consejo de Estado, razón por la cual, sólo estarán identificadas por el número del expediente, el año y el magistrado ponente.

● Fuentes normativas

▲ Fuentes jurisprudenciales

● Art 27 - Ley 80 de 1993
● Art 11 - Ley 1150 de 2007

▲ Exp. 6032/92 (S. FUNDADORA)

▲ Exp. 13.356/01 C.P: Maria Elena Giraldo.

▲ Exp. 17.213/03 C.P: Maria Elena Giraldo.

▲ Exp. 15.799/07 C.P: Enrique Gil Botero

▲ Exp. 18.836/11 C.P: Jaime Orlando Santofimio G.

▲ Exp. 18.080/11 C.P: Ruth Stella Correa P. (S. HITO).

▲ Exp. 22.087/12 C.P: Enrique Gil Botero.

▲ Exp. 24.809/14 C.P: Jaime Orlando Santofimio G. . (S. CONFIRMADORA DE PRINCIPIO).

▲ Exp. 32.774/15 C.P: Jaime Orlando Santofimio G. .

▲ Exp. 53.288/16 C.P: Jaime Orlando Santofimio G.

▲ Exp. 52.666/18 C.P: Jaime Orlando Santofimio G. (S. ARQUIMEDICA).

● ART90 - C.P

● Art 50 - Ley 80 de 1993.

▲ Exp. 8129/94 C.P: Carlos Betancur Jaramillo.

▲ Exp. 10.929/99 C.P: Ricardo Hoyos Duque.

▲ Exp. 10.540/00 C.P: Ricardo Hoyos Duque

▲ Exp. 14.394/03. C.P: Maria Elena Giraldo

▲ Exp. 15.598/09 C.P: Enrique Gil Botero

▲ Exp. 36.714/17 C.P: Danilo Rojas.

Tesis 2

La NO consignación de salvedades y/o reclamaciones económicas por parte del contratista en la ejecución de contratos estatales en la suscripción de suspensiones, prórrogas, otrosíes o contratos adicionales, NO significa renuncia al derecho y es viable la reclamación del perjuicio en un momento posterior.

Tesis intermedia

En consonancia con la tesis 2 y en contraste con la tesis 1, bajo la tesis intermedia el contratista no pierde su derecho a reclamar por el desequilibrio económico del contrato por el hecho de no consignar sus reclamaciones o salvedades en el texto de los documentos suscritos durante la ejecución contractual, como otrosíes, ampliaciones de plazo y suspensiones. Sin embargo, a diferencia de la tesis 2 y en consonancia con la tesis 1, el contratista sí pierde su derecho a elevar reclamaciones cuando no consigna las mismas en el acta de liquidación suscrita por mutuo acuerdo con la entidad, lo cual, como es sabido, tiene lugar después de la terminación del contrato.