
Las reclamaciones por desequilibrio económico en el contrato estatal: la buena fe y los actos propios en la jurisprudencia del Consejo de Estado *

DANIEL EDUARDO ROJAS POVEDA **

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 propios. 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.

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.

* Fecha de recepción: 3 de septiembre de 2020. Fecha de aceptación: 24 de septiembre de 2021. Para citar el artículo: ROJAS POVEDA, D. E., “La oportunidad para elevar reclamaciones por desequilibrio económico del contrato estatal: aplicación de la buena fe y de los actos propios en la jurisprudencia del Consejo de Estado”, Revista de Derecho Privado, n.º 42, enero-junio 2022, 111-144, DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n42.06>

Este texto es producto del artículo de investigación escrito por el autor en el marco de la Maestría en Derecho Privado, Persona y Sociedad, con énfasis en Responsabilidad Contractual, Extracontractual, Civil y del Estado en la Universidad Externado de Colombia (Bogotá).

** Instituto de Desarrollo Urbano, Bogotá, Colombia; abogado asesor. Abogado y magíster en Derecho Privado, Persona y Sociedad, con énfasis en Responsabilidad Contractual, Extracontractual, Civil y del Estado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Contacto: daniel.rojas1635@gmail.com. Orcid: 0000-0003-4439-0154.

Claims for the Economic Unbalance of Public Contracts: The *Good Faith* and the Doctrine of *One's Own Acts* Under the Council of State's Case Law

ABSTRACT. The Colombian State Council has developed the rule whereby every single claim based on the economic unbalance of public contracts must be made by the contractor at the precise moment of subscribing 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*.

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 State Council is in fact reducing the likelihood of obtaining the adjustment of the contract and the repair of the damage inflicted on the contractor.

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.

SUMARIO: Introducción. I. Identificación de la línea jurisprudencial: estado de la cuestión a la luz de las directrices dadas por el Consejo de Estado. II. ¿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? III. ¿Qué consecuencias se han derivado del establecimiento de esos límites? Conclusiones. Anexo: Gráfica de la línea jurisprudencial. Referencias.

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, entre otros. 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 propios¹. 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 noventa, 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 ella se hizo con base en los parámetros que establece Diego López Medina en su libro *El derecho de los jueces* (véase la 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 “arquimédica”, herramientas que serán explicadas en detalle más adelante.

Adicionalmente, la línea muestra la tesis 3, 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 2007, 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.

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 La premisa que se pretende defender en el presente artículo supone que, efectuar la reclamación en momentos distintos a los señalados, 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.

I. 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 permitirá 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 la 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 3”, 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:

Tesis 1: La consignación de salvedades o reclamaciones económicas en la ejecución de contratos estatales por parte del contratista debe hacerse en momentos determinados tales como: (1) suspensiones, (2) prórrogas, (3) 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 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 3: A partir del análisis jurisprudencial se puede identificar una tesis que, en cierta medida, se ubica entre las dos tesis que se viene de mencionar. En consonancia, con la tesis 2 y en contraste con la tesis 1, bajo la tesis 3 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.

Con base en lo anterior se realizará un análisis de las providencias más relevantes que integran la línea jurisprudencial, siguiendo la tipología de sentencia: fundadora; hito; confirmadora de principio y arquimédica, 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.

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.

A. Tesis 1: la consignación de salvedades 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

Esta posición de la corporación se ha venido matizando con el paso del tiempo, lo cual se advierte con el uso de diferentes fundamentos jurídicos que se analizarán 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 1993², 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 que seguir, buscando restablecer la ecuación financiera de aquel 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: “[...] *las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25 [...]*” (cursiva agregada).

De ahí que el principal argumento, luego de la identificación de la sentencia fundadora³, 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.

2 “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.

3 Dentro del universo de jurisprudencia identificado, se pudo concluir que a pesar de la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, 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.

Pues bien, a partir de esa disposición se interpretó⁴ 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 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 [...] donde el cambio, a pesar de ser radical se ha logrado incrementalmente mediante sucesivas reorientaciones de la línea”⁵. Así las cosas, procedemos con la explicación de la línea jurisprudencial, a partir de la sentencia fundadora.

Sentencia fundadora⁶: se atribuye como culpa del contratista el daño sufrido por este, 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. 6032⁷, 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. [...]”.

4 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.

5 LÓPEZ MEDINA, D., *El Derecho de los Jueces*, 2ª ed., Bogotá, Legis Editores S. A, 2006, 139.

6 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”. *Ibid*, 164.

7 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 1992, rad. 6032.

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

– La anterior postura fue desarrollada con mayor precisión a través de la Sección Tercera de esta corporación en sentencia del 30 de octubre de 2003⁸, así: “[...] se estableció la aceptación manifiesta y sin salvedades de la situación, por parte del contratista, sin haber desplegado ni previa ni concomitantemente 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*” (cursiva agregada).

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.

– Más adelante, mediante sentencia del 22 de junio de 2011⁹, el Consejo de Estado trazó los lineamientos a partir de normas civiles y comerciales de la clase de buena fe aplicable en el marco de la contratación estatal, dentro de los cuales determinó el deber de información como fundamento que será usado 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* [...] (cursiva agregada).

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

8 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de octubre de 2003, rad. 85001-23-31-000-1999-2909-01(17213).

9 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de junio de 2011, rad. 85001-23-31-003-1998-00070-01(18836). Sobre el mismo tema: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2007, rad. 15.799; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de febrero de 2009, rad. 47001-23-31-000-1997-5490-01 (19.055); Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, rad. 15.400, entre otras

Sentencia hito¹⁰: 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, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc. 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 *venire contra factum proprium non valet*.

Así se señaló en la sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Tercera de esta corporación el 31 de agosto de 2011¹¹:

[...] 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 [...].

Con base en lo anterior, y según el aparte que se señala 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 con 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 ella, consistente en la prohibición de ir contra los actos propios¹².

[...] 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

10 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, D., *El Derecho de los Jueces*, cit., 164-165.

11 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2011, rad. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).

12 Sobre el mismo tema ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 2012, rad. 05001-23-24-000-1994-02219-01 (22.087).

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* (cursiva agregada).

Sentencia confirmadora de principio¹³: 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 2014¹⁴, mediante la cual se afirma, de forma categórica, que para que cualquier reclamación económica sea viable, el factor “oportunidad” no la debe hacer improcedente, evidenciándose la clara imposición de la forma sobre lo sustancial¹⁵ 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*” (cursiva agregada).

Vemos de esta manera cómo 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 contractual¹⁶.

13 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, D., *El Derecho de los Jueces*, cit., 166–167.

14 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2014, rad. 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809). El anterior pronunciamiento fue reiterado en las sentencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de abril de 2015, rad. 47001-23-31-000-1998-00984-01 (32.774); Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de mayo de 2015, rad. 25000-23-26-000-2003-00891-01 (30.290); Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de mayo de 2015, rad. 76001-23-31-000-2000-01728-01 (36.644); Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de junio de 2015, rad. 76001-23-25-000-1998-00693-01 (34095); Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia del 28 de mayo de 2015, rad. 760012331000200100145 01 (35.625), entre otras.

15 Sobre el particular ver: SALGADO SUAREZ, J., “Prevalencia del derecho sustancial”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, n.º 21, 2000, 217-221. De igual forma en este punto resulta necesario relacionar lo expuesto por la Corte Constitucional, sentencia T-234 de 2017, en la cual se estableció una de las expresiones de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, respecto de la caracterización del llamado “exceso ritual manifiesto”, el cual se configuraba cuando: “[...] 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”.

16 Sobre el mismo tema ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de enero de 2016, rad. 25000-23-26-000-2011-01069-01(53288); Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 17 de agosto de 2017, rad. 70001-23-33-000-2014-00006-01(52988).

De lo anterior se puede apreciar que no basta siquiera 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.

Sentencia arquimédica¹⁷: 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 reversa¹⁸ 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 2018¹⁹ se recopiló lo dicho en sentencias anteriores en las cuales el “factor de 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:

[...] 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* [cursiva agregada].

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, otrosíes. No obstante, pareciera, pues, que la alta corporación pasa por alto los términos de caducidad que

17 “Se trata de aquella sentencia que, según el analista, contiene los criterios vigentes y dominantes [...]”. LÓPEZ MEDINA, D., *El Derecho de los Jueces*, cit., 164-165.

18 Este método de estudio determina la construcción de la línea jurisprudencial, a partir de la cita 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, D., *El Derecho de los Jueces*, cit., 170.

19 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2018, rad. 68001-23-33-000-2013-00118-01(52666). Ver sobre el mismo tema: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de enero de 2019, rad. 250002326000200300650 01 (37910); Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de febrero de 2020, rad. 250002326000201200225 01 (63.123).

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 a 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.

Ahora bien: nótese cómo en la estructuración de los supuestos de hecho del “factor de oportunidad”, la carga de dejar las salvedades se impone a las “partes” de la relación contractual, lo cual de suyo implica entender que dicha limitante, so pena de hacer inviable cualquier reclamación, también le aplica a la Administración de cara a adelantar cualquier reclamación o incumplimiento contractual contra el contratista. Lo anterior, claro está, cuando en las pretensiones de la eventual demanda no se encuentre la liquidación judicial ante el juez natural del contrato.

B. Tesis 2: la no consignación de salvedades 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 con 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 1994²⁰ 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.

Posteriormente, mediante sentencia del 9 de marzo de 2000, se reiteró lo que se había establecido en las sentencias de 30 de septiembre de 1994, 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 [...]”²¹.

20 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de septiembre de 1994, rad. 8129.

21 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de marzo del 2000, rad. 10540.

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 impone al juez el deber de analizar quién fue el responsable de la respectiva suspensión, 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 Sección Tercera, 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 reivindicar según lo expuesto en el presente escrito, se encuentra determinado por establecer que el silencio del contratista al momento de suscribir prórrogas, suspensiones u otrosés 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, estando vigente hasta el año 2003²² la postura contraria a lo que se ha señalado en la tesis 1.

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.

Pareciera que de acuerdo con 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 o administrativa, por resultar dicha actuación “contraria a la buena fe”.

C. Tesis 3: 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 otrosés; pero lo pierde si no hace lo propio durante la suscripción del acta de liquidación por mutuo acuerdo con la entidad²³

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 funcional del acta

22 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de octubre de 2003, rad. 73001-23-31-000-1995-04394-01(14394).

23 Sobre esta última premisa es pertinente indicar lo expuesto por Hernández Silva, 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, A., “La liquidación del contrato estatal”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 1, Universidad Externado de Colombia, 2008, 1-15.

de liquidación, y por ende la viabilidad de que los contratistas efectúen salvedades al momento de su suscripción²⁴, con el fin de que estas puedan ser cuestionadas posteriormente en sede judicial.

– Mediante sentencia del 22 de abril de 2009²⁵ 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* [cursiva agregada].

Finalmente, y a modo de conclusión, se hace una síntesis de algunos aspectos que enmarcan el proceso de liquidación de un contrato estatal²⁶, y que a 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”.

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 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 indicado en precedencia, con el fin de dejar establecido el punto de partida

24 EXPÓSITO VÉLEZ, J., *Forma y contenido del contrato estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, 92.

25 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, rad. 85001-23-31-000-1997-0474-01 (15.598).

26 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de marzo de 2017, rad. 250002326000200601723 01 (36714).

para proceder con el ejercicio doctrinario y legal frente a la conveniencia de siguiendo 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.

II. ¿Cuáles han sido las teorías argumentativas por las que ha optado el Consejo de Estado en relación con el momento de reclamar salvedades por desequilibrio económico contractual²⁷?

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 salvedades cuando se configuren supuestos tales como la mayor permanencia en obra²⁸, se puede encontrar en varias de sus sentencias²⁹, y particularmente en la sentencia hito identificada en la línea jurisprudencial³⁰, 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: (1) aplicación de la buena fe objetiva y (2) la regla *venire contra factum proprium non valet*.

A. 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

27 “[...] 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, L., *El equilibrio económico de los contratos administrativos*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2012, 7. Véase también: VERANO HENAO, S., “La Distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio financiero”, en MONTAÑA PLATA, A., y RINCÓN CÓRDOBA, J., (eds.), *Contratos Públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*, XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, 551-589; SANTOFIMIO GAMBOA, J., *Compendio de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, 695.

28 BENAVIDES, J., *Contratos públicos: estudios*. Temas de Derecho Administrativo 5, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, 375.

29 Ver entre muchas otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2015, rad. 25000232600019980242201 (32428); Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de abril de 2015, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rad. 47001-23-31-000-1998-00984-01 (32.774); Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 2012, rad. 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429).

30 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2011, C. P. Ruth Stella Correa Palacios, rad. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).

de ella se precisaron sus matices, por vías jurisprudencial y doctrinaria, respecto al ámbito de aplicación frente a visiones subjetivas y objetivas³¹ 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 bifronte, en atención a que se desdobra preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada buena fe subjetiva (creencia o confianza), al igual que en la objetiva (probidad, corrección o lealtad) [...]”³², 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 [...]”³³. 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 objetiva³⁴.

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”³⁵; *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 obli-

31 Ver en HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, 385.

32 Cas. de 2 agosto del 2001, exp. 6146, sin publicar, citado por HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, 565.

33 NEME VILLARREAL, M., “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, n.º 17, 2009, 45-76. La misma autora en: *La buena fe en el derecho romano. La extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, 418.

34 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, F., “El deber de sinceridad del tomador del seguro en su declaración del estado del riesgo”, *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, n.º 27, 2007, 121-148.

35 MARTÍNEZ -CALCERRADA., “La buena fe y el abuso del derecho”, en *Revista de Derecho Privado*, 1979, 436, citado por NEME VILLARREAL, M., “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, n.º 17, 2009, 51.

gaciones 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 propia³⁶.

De igual forma, respecto 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 [...]”³⁷ (cursiva agregada). 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”³⁸.

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 mostrará cómo parte de la doctrina adhiere a la tesis vigente por el Consejo de Estado; tal es el caso de Dávila Vinuesa³⁹, quien expresa que

[...] en lo atañero a la mayor permanencia, resulta importante recordar que el mutismo del contratista *cuando celebra con la entidad una suspensión, adición 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 [cursiva agregada].

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

36 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de junio de 2011, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rad. 85001-23-31-003-1998-00070-01(18836).

37 NEME VILLARREAL, M., “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 11, 2006, 79-125.

38 HINESTROSA, F., “De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato”, *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 5, 2000, 327-350.

39 DÁVILA VINUEZA, L., *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, Bogotá, Legis, 2016, 721. Confrontar con CHINCHILLA IMBETT, C., “El deber de información contractual y sus límites”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 21, 2011, 327-350.

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 *sinalagma* primigenio de la relación contractual: “[...] 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 disponible, información que por ser esencial debe brindarse oportuna y cumplidamente*”⁴⁰ (cursiva agregada).

Pareciera que el llamado deber⁴¹ de información al que hace alusión el Consejo de Estado, a modo de exigencia por parte del contratista, funda su naturaleza como una “obligación”⁴² 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 misma⁴³ [cursiva agregada].

En consonancia con lo anterior, vemos cómo otro sector de la doctrina parte de la premisa según la cual el deber de información contractual es una obligación emanada de la buena fe⁴⁴, posición a la que adhiero, 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,

40 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de diciembre de 2018, rad. 5665-01.

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

42 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”

43 AGUADO LLOBET J., *El deber de información de los contratos*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 1996, 46.

44 CHINCHILLA IMBETT, C., “El deber de información contractual y sus límites”, cit., 327.

de transparencia, de claridad, de diligencia, de vinculación del pacto celebrado atendiendo el interés de las partes, de cooperación, de solidaridad, de no contrariar los actos propios etc.”⁴⁵. De esta manera se colige que en cualquier circunstancia del *iter contractual* es imperativo para el contratista cumplir con esta obligación emanada de la buena fe, lo cual a mi 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 de reparación integral⁴⁶.

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 fe⁴⁷.

B. *Venire contra factum proprium non valet*⁴⁸: ¿qué derechos comporta la configuración de este principio?

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 deter-

45 *Ibid.*, 329.

46 Ver artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

47 Sobre la consideración de analizar la teoría de los actos propios como una regla técnica, ver entre otros, PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los propios actos*. Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1963, 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 general universalmente reconocido: el principio que impone un deber de proceder lealmente en las relaciones de derecho (buena fe)”.

48 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, H. “La raíz histórica del adagio ‘venire contra factum proprium non valet’”. *Cuadernos de extensión jurídica*, Universidad de los Andes, n.º 18, 2010, 19-33.

minada 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 común⁴⁹.

Pero veamos cómo alguna parte de la doctrina ha tratado el tema. Para López Mesa⁵⁰, 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*”⁵¹ (cursiva agregada).

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, de la siguiente manera:

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*

49 HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, cit., 410.

50 LÓPEZ MESA, M., “La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación”, *Revista Universitas*, Universidad Javeriana, Bogotá, n.º 119, 2009, 190-222

51 *Ibid.*, 193.

*jurídico es su “propio acto” que no puede lícitamente desconocer*⁵² [cursiva agregada].

Vemos, pues, cómo 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 brinda el derecho común, en relación con 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 Villarreal⁵³, 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* [cursiva agregada].

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, con el 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 contraparte⁵⁴.

52 PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los propios actos*, cit., 146.

53 NEME VILLARREAL, M., “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*, t. III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 13.

54 *Ibid.*, 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, 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.

III. ¿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 el 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 restarles mérito a reclamaciones económicas que no quedan 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, y que 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 adhesión⁵⁵, 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: (1) creación de una presunción de mala fe frente a la conducta del contratista del Estado; (2) inobservancia del principio de reparación integral y (3) prevalencia del derecho formal sobre el sustancial.

55 Ver sobre el particular: MARIENHOFF, M., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, 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 preñadas al respecto por el Estado. Esto último es lo que la doctrina del derecho denomina “contrato por adhesión”.

A. 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: “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”⁵⁶.

Consideramos que este postulado constitucional irradia todas las actuaciones que se adelantan ante o con la Administración, incluso las que se generan en virtud de vínculos contractuales, pues es en la dinámica de ellas donde las expresiones de lealtad, confianza y ausencia de dolo marcarán el derrotero de cara al eventual cuestionamiento que se le llague 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 atropellos⁵⁷ [cursiva agregada].

No obstante lo anterior, vemos cómo 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 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*,

56 Constitución Política de Colombia de 1991.

57 NEME VILLARREAL, M., “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, n.º 18, 2010, 65-94.

lo cual violenta importantes principios constitucionales [artículo 83, Constitución Política]⁵⁸[cursiva agregada].

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 ellas 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 esta 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 arbitral⁵⁹, específicamente en el salvamento de voto efectuado por el doctor William Namén Vargas en el laudo arbitral que data del 10 de febrero de 2015 entre Confase S. A. contra el IDU y Transmilenio S. A.⁶⁰; 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. Cualquier renuncia en este sentido deberá ser clara y expresa*” [cursiva agregada].

Además de reivindicar la tesis expuesta por la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el particular de los años noventa, en cuanto a establecer que la omisión en la consignación de salvedades o constancias de insatisfacción en los documentos y

58 ÁLVAREZ CONTRERAS, J., “El incumplimiento como causa de ruptura del equilibrio económico del contrato”, *Con-texto: Revista de Derecho y Economía*, Universidad Externado de Colombia, n.º 47, 2017, 41-87.

59 Confrontar con SILVA GARCÍA, F., “Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral”, *Revista e-mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, vol. 6, n.º 2, 2007, 1-64.

60 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.

momentos referidos no supone de suyo la renuncia al derecho⁶¹, Namén 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 ver 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” (cursiva agregada).

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.

Se colige, pues, que la forma de interpretar el “silencio” del contratista deber ser circunstanciado, lo cual supone que en ninguna circunstancia dicha conducta puede ser reprochada por contrariar el principio de la buena fe, *prima facie*, salvo que se pruebe la configuración de un perjuicio para el entidad; el silencio no puede interpretarse de una sola forma, salvo que la Ley así lo prevea, supuesto para que no tiene cabida en el ordenamiento jurídico colombiano.

B. 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 civil⁶² 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 jurídi-

61 Según el artículo 15 del C. C., “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 pues, para que opere la renuncia al derecho la misma debe hacerse de forma expresa y no tácita, como manifestación libre del principio de autonomía de la voluntad.

62 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, G., *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*, CELLURALE M. (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, 13.

cas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial”⁶³, o en su defecto y desde la perspectiva de De Cupis: “el nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”⁶⁴. 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 este “[...] 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 [...]”⁶⁵.

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 con la tesis vigente defendida por el Consejo de Estado, considero 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.

C. 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 1⁶⁶ 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

63 TAMAYO JARAMILLO, J., *De la responsabilidad civil, “De los perjuicios y su indemnización”*, 2ª ed., t. II, Bogotá, Temis, 1986, 5.

64 DE CUPIS, A., *El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil*, MARTÍNEZ SARRIÓN, A (trad.), 2ª ed., Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1970, 81. Véase también en: HENAO, J., *El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

65 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2014, rad. 05001-23-31-000-2004-04210-01 (40.060).

66 Ver: sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de octubre de 2014, rad. 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809).

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 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)⁶⁷.

En la misma vía se ha pronunciado la Corte Constitucional, al indicar que las formas en 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 [...]*⁶⁸ (cursiva agregada).

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 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 fondo se da de la mano con una labor judicial donde la ‘verdad’ tenga una franca prevalencia sobre el ‘ritual’”⁶⁹.

De ahí la imposibilidad de que a 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 literal, en la cual se les 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.

67 “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”.

68 Corte Constitucional, sentencia T-268 de 2016.

69 ITURRASPE MOSSET, J., *Interpretación económica de los contratos: Justicia Contractual*, Argentina, Rubinzá-Culzoni Editores, 1994. 93.

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 contractual⁷⁰.

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 pretendan elevar los contratistas de la Administración en los momentos establecidos para ello.

Conclusiones

– Con la aplicación de la regla de oportunidad establecida, el Consejo de Estado está creando en contra del contratista colaborador de la administración y del mismo Estado una presunción de mala fe, 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.

– Se pretende reivindicar la postura asumida por el Consejo de Estado en los años noventa, explicada con suficiencia en la tesis ²⁷¹, 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

70 ORDOQUI CASTILLA, G., *Buena fe contractual*, 2ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Internacional, n.º 5, 2012, 306.

71 Ver entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de septiembre de 1994, rad. 8129; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de octubre de 2003, rad. 73001-23-31-000-1995-04394-01(14394); Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de marzo de 2000, rad. 10540.

resaltar y adherir a la tesis expuesta por William Namén⁷² en el laudo arbitral relacionado en el literal A del numeral III del presente artículo, en la cual se concluye que dicha omisión en 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 ellos 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 ellos no se llevarán a cabo y por ende tener como inviables reclamaciones que 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 forma de consignación de esta, etc.

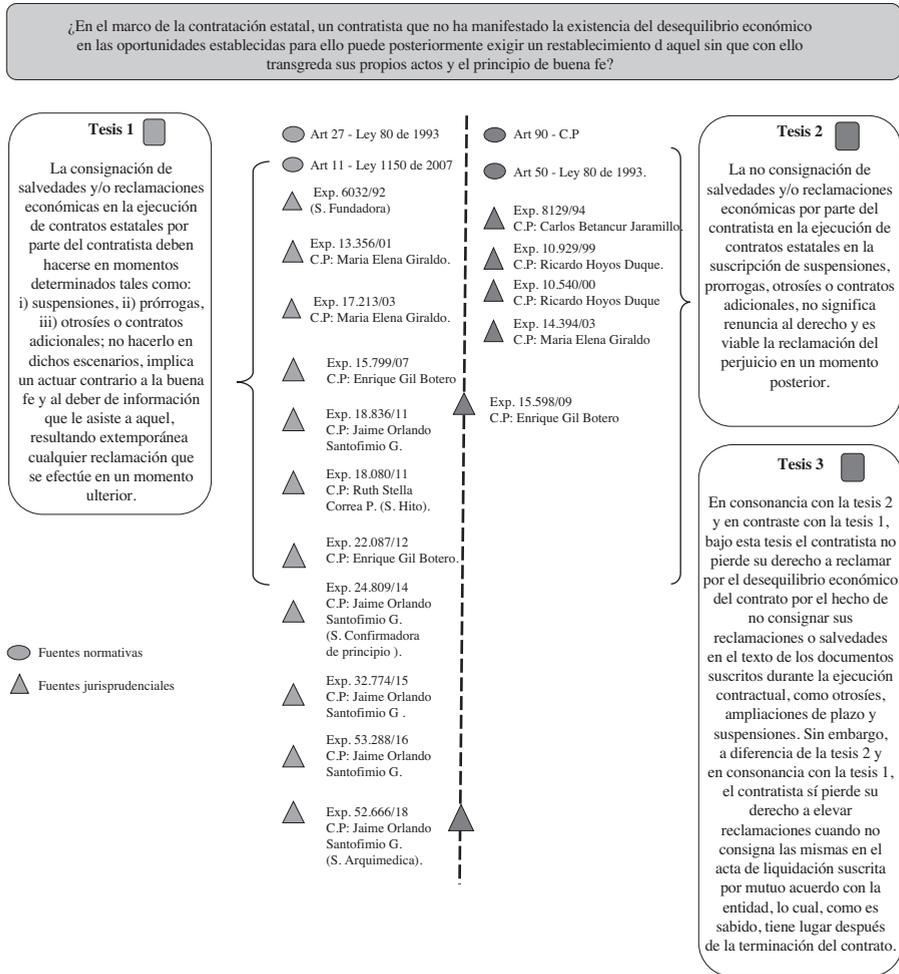
– Independientemente de las cláusulas contractuales, al contratista colaborador de la Administración le asiste el deber de actuar conforme a los postulados que emanan de la buena fe objetiva, cumpliendo de esta manera con el deber de información y lealtad, adelantando un comportamiento que no excluya 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.

– 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,

72 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.

ambigua e indeterminada sin que respondan a ningún criterio sólido que justifique su existencia.

Anexo: gráfica de la línea jurisprudencial



Referencias

Doctrina

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

- ÁLVAREZ CONTRERAS, J., “El incumplimiento como causa de ruptura del equilibrio económico del contrato”. *Con-texto: Revista de Derecho y Economía*, Universidad Externado de Colombia, n° 47, 2017.
- BENAVIDES, J., *Contratos públicos: estudios*. Temas de Derecho Administrativo 5, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- CHINCHILLA IMBETT, C., “El deber de información contractual y sus límites”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 21, 2011.
- CORRAL TALCIANI, H. “La raíz histórica del adagio ‘*venire contra factum proprium non valet*’”. *Cuadernos de extensión jurídica*, Universidad de los Andes, n.º 18, 2010.
- DÁVILA VINUEZA, L., *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, Bogotá, Legis, 2016.
- DE CUPIS, A., *El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil*, MARTÍNEZ SARRIÓN, A (trad.), 2ª ed., Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1970.
- EXPÓSITO VÉLEZ, J. *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- HENAO, J., *El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- HERNÁNDEZ SILVA, A., “La liquidación del contrato estatal”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 1, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones*. 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- HINESTROSA, F., “El deber de sinceridad del tomador del seguro en su declaración del estado del riesgo”. *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, n° 27, 2007.
- ITURRASPE MOSSET, J., *Interpretación económica de los contratos: Justicia Contractual*, Argentina, Rubinzal–Culzoni Editores, 1994.

- LÓPEZ MESA, M., “La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación”, *Revista Vniversitas*, Universidad Javeriana, Bogotá, n.º 119, 2009.
- MARIENHOFF, M., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.
- NEME VILLARREAL, M., “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 11, 2006.
- NEME VILLARREAL, M., “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, n.º 17, 2009.
- NEME VILLARREAL, M., *La buena fe en el derecho romano. La extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- NEME VILLARREAL, M., “‘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*, t. III, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- NEME VILLARREAL, M., “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, n.º 18, 2010.
- ORDOQUI CASTILLA, G., *Buena fe contractual*, 2ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Internacional n.º 5, 201.
- PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los propios actos*. Barcelona, Bosch Casa Editorial S. A, 1963.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L., *El equilibrio económico de los contratos administrativos*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2012.
- SALGADO SUAREZ, J., “Prevalencia del derecho sustancial”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, n.º 21, 2000.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J., *Compendio de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

SILVA GARCÍA, F., “Una aproximación a la visión de la corrección del desequilibrio contractual desde la perspectiva de la jurisprudencia arbitral”, *Revista e-mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, vol. 6, n.º 2, 2007.

TAMAYO JARAMILLO, J., *De la responsabilidad civil, “De los perjuicios y su indemnización”*, 2ª ed, t. II, Bogotá, Temis, 1986.

VERANO HENAO, S., “La Distribución de los riesgos en el contrato estatal y el principio del equilibrio financiero”, en MONTAÑA PLATA, A., y RINCÓN CÓRDOBA, J. (eds.), *Contratos Públicos: problemas, perspectivas y prospectivas, XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

VISINTINI, G., *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual*, CELLURALE, M. (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Jurisprudencia

Consejo de Estado

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 1992, rad. 6032.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de septiembre de 1994, rad. 8129.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de marzo de 2000, rad. 10540.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de octubre de 2003, rad. 85001-23-31-000-1999-2909-01(17213).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de octubre de 2003, rad. 73001-23-31-000-1995-04394-01(14394).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2007, rad. 15.799.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de febrero de 2009, rad. 47001-23-31-000-1997-5490-01 (19.055).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, rad. 85001-23-31-000-1997-0474-01 (15.598).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, rad. 15.400.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de junio de 2011, rad. 85001-23-31-003-1998-00070-01(18836).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2011, rad. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 2012, rad. 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 2012, rad. 05001-23-24-000-1994-02219-01 (22.087).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2014, rad. 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de abril de 2015, rad. 47001-23-31-000-1998-00984-01 (32.774)

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de mayo de 2015, rad. 25000-23-26-000-2003-00891-01 (30.290).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de mayo de 2015, rad. 76001-23-31-000-2000-01728-01 (36.644).

Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia del 28 de mayo de 2015, rad. 760012331000200100145 01 (35.625).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de junio de 2015, rad. 76001-23-25-000-1998-00693-01 (34095).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2015, rad. 25000232600019980242201 (32428).

Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia del 28 de mayo de 2015, rad. 760012331000200100145 01 (35.625).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de enero de 2016, rad. 25000-23-26-000-2011-01069-01(53288).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de marzo de 2017, rad. 250002326000200601723 01 (36714).

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 17 de agosto de 2017, rad. 70001-23-33-000-2014-00006-01(52988).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2018, rad. 68001-23-33-000-2013-00118-01(52666).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de enero de 2019, rad. 250002326000200300650 01 (37910).

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de febrero de 2020, rad. 250002326000201200225 01 (63.123)

Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia T-268 de 2016.

Corte Constitucional, sentencia T-234 de 2017.

Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de diciembre de 2018, rad. 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.