

ACCION CONTRACTUAL - Contrato de mantenimiento / CONTRATO DE MANTENIMIENTO - Objeto poda de césped y mantenimiento de zonas verdes y duras de parques localidades de Bogotá / LICITACION PUBLICA PARA MANTENIMIENTO DE PARQUES - Zonas de Usme, Bosa, Ciudad Bolívar / LICITACION PUBLICA MANTENIMIENTO PARQUES- Localidades de Suba, Barrios Unidos, Fontibón / LICITACION PUBLICA MANTENIMIENTO PARQUES - Zonas de Engativá, Puente Aranda y Kennedy / LICITACION PUBLICA MANTENIMIENTO PARQUES - Localidades Antonio Nariño, Rafael Uribe Uribe, Tunjuelito / LICITACION PUBLICA MANTENIMIENTO PARQUES - Usaquén, Chapinero y Teusaquillo / OFERTA ECONOMICA - Valor integral por metro cuadrado

El objeto del contrato se refiere exclusivamente a la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes para los parques vecinales de las diferentes localidades, pero en el numeral 6.2.1. Requisitos técnicos se contemplan en el punto 15 el mantenimiento de zonas duras y en el punto 16 exigen la limpieza de las mismas. Pero de conformidad con el numeral 6.2.4 solo se tendrá en cuenta para pago las zonas verdes que resulten de la medida inicial

ACLARACION LICITACIONES PUBLICAS - El área a pagar por mantenimiento comprende la totalidad de zonas verdes y duras de los parques

Mediante oficio No. 24833 del 7 de septiembre de 2001 la Coordinadora del Grupo de Apoyo a la Contratación del IDRD dio respuesta a la anterior inquietud, (...) "El área que se va a pagar es el área total del parque, por lo tanto el costo de dichas actividades deberá ser contemplada por el proponente en su oferta económica por metro cuadrado".

CONTRATO DE MANTENIMIENTO DE PARQUES - Norma aplicable al momento de su celebración. Ley 80 de 1993

El asunto que en esta oportunidad se somete a conocimiento de la Sala corresponde a controversias atinentes a cinco relaciones negociales existentes entre las mismas partes del litigio contenidas en los contratos de obra Nos. 288, 289, 290, 291 y 292, todos ellos suscritos el 27 de septiembre de 2001, lo cual impone concluir que la normativa vigente al tiempo en que se adelantó el procedimiento de licitación para su adjudicación, así como de su celebración, perfeccionamiento y ejecución es el Estatuto de Contratación Estatal contenido en la Ley 80 expedida en el año de 1993.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Diferencias conceptuales / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Causal que genera ruptura del equilibrio económico del contrato

Del contenido conceptual puesto de presente, debe entenderse que el equilibrio o equivalencia de la ecuación económica del contrato tiene como finalidad garantizar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones técnicas, económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de presentar oferta, en el caso de que se haya adelantado el procedimiento de la licitación o de contratar cuando la selección se hubiere adelantado mediante la modalidad de contratación directa; dicha equivalencia puede verse afectada o por factores externos a las partes que están llamados a encuadrarse dentro de la Teoría de la Imprevisión o por diversas causas que

pueden ser imputables a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como “Hecho del Príncipe”, “*lus variani*. (...) en torno al tema de incumplimiento contractual, como causal generadora de la ruptura de dicho equilibrio económico, ha sido pendular en cuanto en algunas oportunidades se han adoptado posturas encaminadas a aceptar su ubicación en el terreno de la responsabilidad contractual, entendiéndose así la inobservancia del contenido obligacional de uno de los extremos contratantes como causa eficiente de dicho quebranto, mientras que en otras tantas se ha hecho y se ha mantenido la distinción para efectos de identificar el equilibrio económico y su ruptura como un fenómeno ajeno por completo a las nociones de incumplimiento y/o de responsabilidad contractual. (...) Al respecto cabe agregar esta disparidad en modo alguno ha obedecido al arbitrio del fallador, sino que puede explicarse en cuanto ha sido la misma legislación la que quizá sin propiedad o de manera equívoca sobre la materia, se ha ocupado de generar la confusión en cuanto ha identificado el incumplimiento contractual como una de las causas generadoras de la ruptura del equilibrio económico del contrato, tal como lo refleja el tenor literal del numeral primero del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 en cuanto establece que “si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Propósito conservar condiciones técnicas, económicas y financieras al momento del nacimiento del vínculo

La Sala estima necesario puntualizar que si bien algunas normas legales vigentes propician ese tratamiento indiscriminado de la figura del incumplimiento contractual como una de las génesis del desbalance de la ecuación contractual, lo cierto es que el instituto del equilibrio económico en materia de contratación estatal tiene y ha tenido como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo, sin que haya lugar a confundir esa institución con la materia propia de la responsabilidad contractual.

RESOLUCION DEL CONTRATO - Faculta a la parte cumplida en sede judicial a solicitar la terminación e indemnización / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Genera declarar la caducidad administrativa del mismo / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Conlleva hacer efectiva la cláusula penal

Cuando se examina el incumplimiento de uno de los extremos del negocio jurídico por razón de la inobservancia o del cumplimiento tardío o defectuoso del contenido obligacional de aquellas estipulaciones que de manera libre, voluntaria y vinculante acordaron las partes al tiempo de su celebración, naturalmente ello debe realizarse desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, lo que a la postre faculta al otro contratante, siempre que hubiere cumplido con las obligaciones a su cargo o que hubiera estado dispuesto a satisfacerlas en la forma y tiempo debidos, para que, en sede judicial, pueda solicitar la resolución del respectivo vínculo comercial o su cumplimiento, en ambas opciones con la correspondiente indemnización de los perjuicios causados o incluso, si a ello hubiere lugar, autoriza a la entidad estatal contratante para sancionar al contratista particular incumplido mediante la declaratoria de caducidad administrativa del contrato, o para declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato, tal como lo dispone el artículo 17 de la Ley 1150 de

2007, normativa que encuentra antecedente positivo en los artículos 71 y 72 del entonces vigente Decreto-ley 222 de 1983. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a las diferencias entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, consultar sentencia de 14 de marzo de 2013 Exp.20524 MP. Carlos Alberto Zambrano Becerra.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 17 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 71 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 72

ACCION CONTRACTUAL - Por incumplimiento del contrato / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte por desconocer en la etapa de ejecución las aclaraciones sobre el alcance de los términos de referencia / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Por parte de la entidad estatal contratante lo que hizo más gravosa su ejecución para el contratista

A pesar de que el contratista hizo alusión a la ruptura de un equilibrio económico, lo cierto es que, se itera, sus pretensiones y los fundamentos fácticos que le sirven de sustento se centran en alegar el incumplimiento contractual en que incurrió la entidad por cuanto en la etapa de ejecución desconoció las aclaraciones que ella misma hizo frente a las inquietudes que se presentaron en relación con el alcance de los términos de referencia y que como tal formaban parte de los contratos posteriormente celebrados, lo cual hizo más gravosa su ejecución para el contratista. (...) erradamente lo habría comprendido el contratista, que la forma de pago del valor de los contratos se calcularía teniendo en cuenta el área total del parque, pues como le resultaba incuestionable, si el objeto de los contratos recaía en la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes de los parques vecinales de Bogotá mal habría hecho el Instituto en obligarse a garantizar el pago de obras ejecutadas en zona dura cuando claramente ello escapaba a la naturaleza de las obras contratadas, dado que únicamente podrían ser pasibles de reconocimiento las labores que se ejecutaran en el área de las zonas verdes, máxime cuando sobre el particular no existieron adendos que modificaran los términos de referencia.

CALCULO ECONOMICO DE LAS PROPUESTAS - Recaía sobre las zonas verdes y duras del área total del parque

La Sala anticipa que del solo contenido literal de la respuesta emanada de la entidad ante la solicitud de aclaración elevada por el Consorcio Condival - EJM, no hay el menor asomo de duda de que el área física sobre la cual recaería el cálculo económico de las propuestas correspondía al área total del parque, lo cual incluía tanto las zonas verdes, como las zonas duras. Ello se entiende así tanto por la literalidad de la respuesta, como porque al extender dicha interpretación al texto que la motivó, es decir a la formulación de la pregunta, resulta palmario que el interrogante contenía dos supuestos en cuestión, a saber ¿se pagaría sólo sobre el área de las zonas verdes? ó ¿se pagaría sobre el área total del parque? de allí que si la intención de la entidad era la de manifestar que el precio únicamente cobijaría la extensión de las zonas verdes, así lo habría dicho dado que la misma pregunta partía de la posibilidad de ese supuesto. Además de lo anterior, el tenor de la solicitud de aclaración elevada por el consorcio Condival - EJM contenía una argumentación de conformidad con la cual exponía las razones que motivaron su pregunta y por los cuales se apartaba de la posibilidad de que el cálculo económico se efectuara sólo con base en el área de las zonas verdes, de tal modo que si la respuesta de la entidad estaba encaminada a rebatir la

argumentación del proponente en el sentido de reafirmar que el área a reconocer se circunscribía a las zonas verdes, así ha debido precisarlo.

REQUISITOS DE LA OFERTA - Las aclaraciones solicitadas por el contratista en nada mutaron las inquietudes formuladas para calcular el valor del metro cuadrado / MANTENIMIENTO DE PARQUES - Incluía zonas verdes y duras de la totalidad del área que los conformaba

En consecuencia, para la Sala no resulta válido el argumento que esgrime la entidad apelante al señalar que también existían otras respuestas a las aclaraciones a partir de las cuales no había lugar a duda en cuanto a que el valor del metro cuadrado debían calcularse únicamente con base en el área de las zonas verdes y no a partir del área total del parque, pues aun cuando se demostró que en efecto se impartieron otras repuestas en relación con el tema de los requisitos de la oferta económica, las mismas en nada mutaron el contenido de la contestación a la inquietud formulada por el consorcio Condival – EJM. Pero si las anteriores razones no resultaran suficientes para admitir que la interpretación del demandante fue acertada, existen otros elementos que permiten reforzar y fortalecer ese entendimiento. Recuerda la Sala que la entidad estatal contratante dentro de su escrito de impugnación, de manera reiterada sostuvo que el objeto del contrato versaba exclusivamente sobre la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes de los parques vecinales, por lo cual resultaba irrazonable considerar que el área que debía tenerse en cuenta para efectos de calcular el pago de los contratos también incluía zonas duras y, por ende, debiera reconocerse el área total del parque, a propósito de lo cual incluso advirtió que de así aceptarlo ello implicaría que los contratos a celebrar tendrían objeto ilícito en la medida que no resultaba físicamente posible podar el pavimento.

OBJETO DEL CONTRATO - Contiene no solo los supuestos descritos en la cláusula obligacional que llevan su nombre sino también las prestaciones de dar, hacer y no hacer a que se obligan los extremos del negocio

Para establecer el objeto de un contrato e identificarlo no basta con remitirse a la lectura de la cláusula que dice contenerlo, por manera que es indispensable estudiar la totalidad del texto contractual en su integridad, al tiempo que debe extenderse su análisis a todos los demás documentos que tienen la virtualidad de incorporarse al mismo, que en materia de contratación estatal serán tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia, adendos, documentos modificatorios o aclaratorios, entre otros; con todo esto último constituye un aspecto que más adelante será abordado con mayor detenimiento. Así pues, retomando el análisis del caso concreto, al tener en cuenta el contenido obligacional que se deja transcrito, para la Sala no cabe la menor duda de que todo el clausulado que se plasmó en el texto de los términos de referencia hizo parte integral del objeto de los contratos que posteriormente se celebraron como resultado de las invitaciones públicas adelantadas por el IDRD, al punto que precisamente lo nutrieron del componente obligacional al cual se remitieron las mismas cláusulas contentivas del “OBJETO DE LA INVITACION” y “OBJETO DEL CONTRATO”, respectivamente, al indicar que la poda del césped y mantenimiento de las zonas verdes se realizaría de conformidad con las actividades, procedimiento, frecuencias y demás condiciones previstas en los términos de referencia.

PAGO DEL OBJETO DEL CONTRATO - Recaía sobre el área total del parque

Para la Sala no solamente no resulta absurdo admitir que el pago del objeto del contrato recaería sobre el área total del parque, sino que además resulta lógico y justo entender que así fuese pues, como se indicó, todas las obligaciones que debían realizarse en las zonas duras, antes transcritas, de forma inescindible formaron parte integral del mismo y necesariamente debían ser remuneradas. Así entonces, los señalamientos de la entidad no dejan de generarle dudas a esta Sala en cuanto a qué habría sucedido, como bien pudo ocurrir, en aquellos parques en los que el espacio de las zonas verdes resulta considerablemente inferior al de las zonas duras y en estas existe vegetación entre las uniones de las tabletas o pavimento que deba ser cortada o tratada con herbicidas? Aceptar el planteamiento consistente en que tales actividades debían estar contempladas dentro del valor máximo unitario por metro cuadrado, el cual debía calcularse únicamente con base en el área de las zonas verdes, resultaría desproporcional en relación con todas las labores y actividades a cuya ejecución y cumplimiento sobre las zonas duras estaría obligado el contratista correspondiente. Además sería arbitrario y ajeno a los dictados de la Ley 80 de 1993 relativos al particular, según los cuales uno de los fines de la Contratación Estatal radica en la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que, en su calidad de contratistas, colaboran con las entidades estatales en la consecución de sus cometidos.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993

PLIEGOS DE CONDICIONES O TERMINOS DE REFERENCIA - Las entidades estatales deben elaborarlos con anterioridad a la apertura de las licitaciones / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA - Los imperativos legales garantizan la efectividad del principio de selección objetivo que debe orientar la actividad contractual

El numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 30 numeral 2º de ese mismo estatuto, impone a las Entidades Estatales Contratantes el deber de elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia con anterioridad a la apertura misma de las correspondientes licitaciones o concursos, al tiempo que ordena que dichos pliegos o términos de referencia contengan reglas claras, justas y completas que permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole, que aseguren la escogencia objetiva del contratista y que eviten la declaratoria de desierto de la licitación; en dichos pliegos, la entidad pública debe definir el objeto del contrato, las condiciones de costos, precio y calidad, los derechos y deberes de las partes y determinará los factores objetivos de selección del contratista. Estos imperativos legales desarrollan el principio de transparencia y garantizan la efectividad del principio de selección objetivo, a los cuales, a su turno, deben orientar la actividad contractual de las Entidades Estatales, al tiempo que constituyen presupuesto indispensable de la legalidad de la contratación pública, desde su misma génesis o formación.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 24 NUMERAL 5

OBLIGACION DEL CONTRATANTE FRENTE A LOS PLIEGOS DE CONDICIONES - Debe absolver a los interesados que participen en el procedimiento de selección las dudas o inquietudes surgidas por falta de claridad y precisión

Cuando la Administración no cumple a cabalidad las cargas de claridad y precisión que deben informar la elaboración de los pliegos de condiciones o los términos de referencia, al punto que una vez publicados susciten entre los respectivos

interesados en participar en el procedimiento de selección, dudas o inquietudes fundadas y reiterativas respecto de determinados ítems o elementos integrantes del mismo, la Administración está en la obligación de absolverlas con absoluta nitidez, del tal modo que zanje cualquier dualidad interpretativa que frente al mismo hubiere lugar. En tal virtud ante cualquier respuesta a una inquietud surgida del pliego de condiciones o términos de referencia que le confiera un significado definitivo y trascendente que antes de resolver el interrogante y de cara a su imprecisión no tenía, a juicio de la Sala, la Administración no puede quedar relevada de su estricta observancia pretextando que la susodicha aclaración no tiene fuerza vinculante por no estar contenida en un adendo.

ADENDO - Texto que se añade a obra escrita / ADENDO - Su ausencia no varía la intención contenida en un pliego de condiciones

En criterio de la Sala, independientemente de que el contenido de la modificación se encuentre comprendido en un documento que no tenga el rótulo de “adendo”, la ausencia de tal formalismo en nada varía la intención que se pretendió depositar en el respectivo escrito y en tal virtud si lo que se persiguió a través de su suscripción por parte de la entidad pública era añadir, adicionar, reemplazar o cambiar una condición inicial que al mutarla derive en un supuesto distinto, así habrá de ser entendido por sus destinatarios y mucho más por la entidad de la que emana, de tal forma que lo allí se consigne será vinculante tanto para la Administración contratante como para los oferentes. En ese orden de ideas, sea que se llame adendo, oficio, resolución, acto administrativo, circular, comunicación, dejando de lado el formalismo de la denominación, cuya solemnidad, como se anotó, no está definida por el ordenamiento, si de su contenido esencial se extrae con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones o de los términos de referencia y a ello se suma que se trata de un documento institucional que emana de la entidad pública directora del procedimiento precontractual y que es dado a conocer a todos los interesados, entonces no queda más que concluir que su fuerza obligatoria se irradia a todas las partes del proceso precontractual quienes deberán acatarlo con el mismo vigor que se observa respecto de las previsiones del pliego de condiciones.

FACULTAD DE ENTIDAD ESTATAL DE MODIFICAR PLIEGOS DE CONDICIONES - Posibilidad hasta el día del cierre del plazo para presentar propuestas

Con la expedición de la Ley 80 de 1993 se estableció la posibilidad de que la entidad pública directora del procedimiento precontractual modificara los pliegos de condiciones, incluso, hasta el mismo día del cierre del plazo para presentar las propuestas, siempre que la entidad así lo estimara conveniente o se elevara petición en ese sentido por un determinado número de personas que hubieren retirado los pliegos. Posteriormente con la expedición de la Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, esa facultad fue mantenida no obstante haberse introducido algunas variaciones respecto del plazo en que podían expedirse dichas modificaciones, en el sentido de disponer que el término para realizarse no podría exceder de tres días hábiles anteriores al vencimiento del plazo de cierre para presentar propuestas.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 1474 DE 2011

LIMITES A LA ADMINISTRACION PARA MODIFICAR PLIEGO DE CONDICIONES - No es procedente la variación de aspectos sustanciales / MODIFICACION DE PLIEGOS DE CONDICIONES - No puede ser prohijada por el legislador ni por las instancias judiciales

En relación con este aspecto no puede perderse de vista que en cuanto el pliego de condiciones contiene y establece el procedimiento de selección, esto es el marco que regula todos y cada uno de sus elementos, no resultaría jurídicamente procedente la modificación de sus aspectos sustanciales, tales como, a manera de ejemplo su objeto o los criterios de selección o la ponderación precisa y detallada de aquellos, en la medida en que todos esos aspectos constituyen puntos cardinales, básicos, que fungen como factores característicos de determinado procedimiento en virtud de los cuales los interesados acuden libremente a participar en el mismo y a depositar sus expectativas en las resultas de la limpia competencia que envuelve, de tal modo que un cambio intempestivo e injustificado de aquellas circunstancias que en un inicio lo hicieron llamativo, sin duda puede convertirse en un obstáculo indebido que impide de forma caprichosa y arbitraria la libre participación de los interesados, variación que no puede ser prohijada ni por el legislador, ni por las instancias judiciales.(...) Lo expuesto cabe igualmente predicarlo de la previsión normativa contemplada en el artículo 89 del Estatuto Anticorrupción, dentro del cual, si bien se consagró con precisión un límite temporal para realizar las modificaciones a las pliegos de condiciones y/o términos de referencia, nada dijo en relación con los linderos de tipo de material o de contenido a los que en esta oportunidad se refiere la Sala. Por contera, las conclusiones aquí extraídas en cuanto a la inviabilidad de modificar de manera sustancial dichos documentos a la luz de los postulados de la Ley 80, sin duda están llamadas a incorporarse en los procedimientos de selección adelantados bajo la vigencia de la Ley 1474 de 2011.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 1474 DE 2011

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA - Ampara la legalidad y legitimidad de las actuación de la administración / TEORIA DE ACTOS PROPIOS Y PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA - Derivan una garantía para el administrado en cuanto las entidad estatales no los van a sorprender con sus actuaciones

Como resulta apenas natural, la entidad pública en su calidad de directora del proceso contractual, condición de la cual se encuentra revestida por disposición legal, no sólo desde el momento de la celebración del negocio jurídico, sino desde que en su interior nace la necesidad de celebrarlo y se emprenden todas las actividades encaminadas a lograrlo, en sus actuaciones entraña el desarrollo, entre muchos otros, del principio general de confianza legítima cuya materialización no es otra diferente que la de amparar de legalidad y legitimidad actuaciones desplegadas por la Administración. A propósito de la relación existente entre la teoría de los actos propios y el principio de la confianza legítima, debe precisarse que de ambos se deriva para los administrados la garantía de que las autoridades del Estado no van a sorprenderlos con actuaciones o decisiones contrarias a aquellas que anteladamente emanaron de la misma entidad pública y en virtud de las cuales se generó un convencimiento frente a determinadas materias.

PRINCIPIO DE BUENA FE - El administrado asume que sus actividades están amparadas jurídicamente / PRINCIPIO DE BUENA FE - Impone a las partes una actitud de lealtad mutua, fidelidad en la relación contractual

El principio constitucional de buena fe funge como elemento esencial de todas las actuaciones que debe adelantar la Administración en materia de contratación estatal, durante todas las etapas que la conforman, so pena de incurrir en responsabilidad por los daños antijurídicos resultantes de su inobservancia: (...) el principio de buena fe impone a las partes una actitud de lealtad mutua, de fidelidad, honestidad y permanente colaboración en la relación contractual, con el fin de garantizar la ejecución óptima y eficiente del objeto contractual y de procurar la satisfacción de los fines de interés público comprometidos con la contratación.

PROCEDIMIENTO DE SELECCION CONTRACTUAL - La entidad distrital generó confianza a los interesados en participar en las licitaciones públicas / PROCEDIMIENTO DE SELECCION CONTRACTUAL - La entidad pública elaboró los términos de referencia por lo que el interrogante del contratista no podía ser desconocido por la misma administración / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA - El contratante actuó conforme la misma respuesta que suministró la entidad distrital

Sin duda a través de su expedición la Administración Distrital, por conducto de la dependencia encargada del procedimiento de selección contractual, Coordinación del Grupo de Apoyo a la Contratación del IDRD, generó confianza a los interesados en participar en las invitaciones públicas de la referencia respecto del área que sería materia de reconocimiento económico, tanto por la literalidad de los términos en que quedó plasmada, como por la fuente de la que provino. Quién más que la misma entidad estatal que elaboró los términos de referencia, que estructuró el procedimiento de selección, que realizó los estudios previos y de conveniencia que lo motivaron podría estar legitimada y suficientemente informada para dar una respuesta clara y puntual frente a la incertidumbre que surgió en torno al alcance de dichos documentos precontractuales. En virtud de dicha legitimación la respuesta al interrogante planteado por el demandante no podía ser desconocida después por su propia autora. Todo lo anotado permite concluir que la pluricitada respuesta a la aclaración cumplió con los requisitos de forma en cuanto estuvo contenida en un escrito, no fue expedida extemporáneamente, ni de manera clandestina, de tal suerte que era perfectamente entendible para el ahora demandante que la misma estaba revestida de legalidad y en tal virtud comprometía a la Administración, indistintamente de que estuviera recogida o no en un adendo, circunstancias con apoyo en las cuales es viable concluir que el demandante obró amparado en la confianza legítima que le generó la respuesta de la entidad estatal contratante.

PRECIO DE LA OFERTA - Para la administración lo ofertado por el contratista era lo más favorable por ello resultó ser el adjudicatario de las cinco licitaciones públicas para el mantenimiento de parques en Bogotá

De otro lado, para la Sala no hay elemento de juicio alguno que permita evidenciar que el contratista haya incurrido en mala fe. Por el contrario, al apreciar en conjunto el acervo probatorio se desprende que el contratista celebró el contrato con la sana convicción de que la remuneración a la cual tenía derecho se encontraba respaldada por la respuesta expresa de la entidad contratante y, en consecuencia, como era natural, si pretendía obtener el pago correspondiente al metro cuadrado del área de todo el parque, incluidas zonas verdes y zonas duras, ello le permitía ofertar un precio unitario más bajo, por lo cual a través de sus propuestas, además de cumplir todos los demás requisitos exigidos, ofertó el precio que según la Administración era el más favorable y resultó ser el adjudicatario de las cinco invitaciones públicas. No obstante, tras la celebración de

los contratos y antes de iniciar su ejecución, las partes sostuvieron una reunión en la que la propia Administración puso de presente que el precio a reconocer sería el correspondiente a los metros cuadrados de las zonas verdes, sin incluir las zonas duras, frente a lo cual el contratista a través de oficio dirigido al Instituto manifestó su desacuerdo, se reservó el derecho de reclamar por la modificación unilateral de las condiciones de los contratos, al tiempo que advirtió que en acatamiento de sus obligaciones contractuales daría inicio inmediato a la ejecución de los contratos. En efecto, los contratos fueron ejecutados dentro del plazo acordado y ello se recibió a satisfacción por los diferentes interventores designados en cada uno de los negocios aludidos.

ETAPA DE EJECUCION DEL CONTRATO - No podía la administración sustraerse pretextando no estar contenida en un acto administrativo bajo la forma de adendo / ETAPA PREVIA A LA CELEBRACION DEL CONTRATO - No es aceptable que la entidad estatal en esta etapa previa oriente a las personas interesadas como adjudicatarias sobre el método de medida que debe emplearse para calcular una oferta económica

Cuestión diferente se vislumbra en lo que toca con la actuación de la entidad pública, puesto que no otra cosa podía interpretarse al leer el contenido de su oficio No. 24833 del 7 de septiembre de 2001, esto es que el precio a reconocer por la ejecución de las actividades contratadas se calcularía con base en el área total del parque, manifestación que a todas luces resultaba vinculante y obligatoria para el Instituto pues a partir de la misma se instruyó a los aspirantes respecto de los factores espaciales que debían tenerse en cuenta para calcular el valor unitario y desde ningún punto de vista la Administración podía sustraerse a su reconocimiento en la etapa de ejecución contractual, como en efecto lo hizo, en detrimento económico de su colaborador contratista, pretextando no estar contenida en un acto administrativo bajo la forma de adendo. Tal proceder de la Administración no consultó el principio de la buena fe cuya efectividad se vio seriamente maltratada en el presente caso debido a su censurable actuación. No es posible aceptar que la entidad estatal en la etapa previa a la celebración del contrato oriente a las personas interesadas en ser sus adjudicatarias sobre el método de medida que debe emplearse para calcular una oferta económica, pero que una vez acatada su directriz por los oferentes al estructurar y presentar sus propuestas, las evalúe, adjudique los contratos pero antes de iniciar su ejecución pretenda desconocer los lineamientos por ella misma impartidos para calcular la forma en que se efectuaría el pago del objeto contratado.

PERJUICIOS SUFRIDOS POR CONTRATISTA - Se acreditaron con prueba pericial / DICTAMEN PERICIAL - Arrojó los metros cuadrados dejados de reconocer por la administración

Adicionalmente se tiene que la metodología con base en la cual se rindió el dictamen, en criterio de la Sala, fue pertinente en la medida en que en efecto, los perjuicios sufridos por el demandante se concretaron en la falta de pago de las obras ejecutadas teniendo en cuenta tanto el área total de las zonas verdes, como incluyendo el área correspondiente a las áreas duras de los parques vecinales objeto de los contratos, pues como ya se anotó esa fue la proyección económica que tuvo en cuenta el demandante al presentar sus propuestas, labor que sin duda estaba llamada a evacuarse a través de la medición física del área total de los parques y la resta de las áreas de las zonas verdes reconocidas, tal y como lo planteó el peritazgo, lo cual arrojaría la totalidad de los metros cuadrados dejados de reconocer que debían calcularse por el valor de metro cuadrado unitario correspondiente a cada uno de los contratos y a los ciclos de frecuencia

con que se ejecutaron las labores.(...) dado que el dictamen fue pertinente, se encuentra ajustado a derecho y además su contenido no constituyó materia de cuestionamientos en el recurso de apelación interpuesto por la entidad estatal demandada contra el fallo de primera instancia, la Sala acogerá la condena proferida en la decisión que se examina, la cual se tasó con base en los resultados que arrojó la experticia y procederá a actualizarla con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE

CONDENA EN COSTAS - A la entidad distrital por inobservar el principio de buena fe

De acuerdo con la normativa que regula la procedencia de la condena en costas, según la cual se impone al Juez el deber de analizar la conducta asumida por las partes del proceso, la Sala considera que en la etapa de ejecución contractual la entidad estatal demandada incurrió en una conducta reprochable en la medida en que inobservó el principio de buena fe que debía orientar su actuación. Es así como durante el procedimiento administrativo de selección fijó las reglas del juego que posteriormente ignoró en la etapa de ejecución contractual sin justificación fáctica o hermenéutica válida, asaltando al contratista en su buena fe, quien luego de estructurar su propuesta económica confiando legítimamente en los lineamientos y directrices que sobre el particular impartió la entidad estatal contratante, se vio obligado a ejecutar el contrato sin recibir la contraprestación acordada, a cuyo reconocimiento estaba obligada la Administración.

AGENCIAS EN DERECHO - Tasación en salarios mínimos legales mensuales vigentes

La Sala encuentra que en el sub lite, el apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el propósito de que accediera a la condena en costas, lo sustentó oportunamente y alegó de conclusión dentro del término de ley, razones por las cuales las agencias en derecho en segunda instancia se tasarán en 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes al tiempo de ejecutoria de este fallo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00113-01(30571)

Actor: CONSORCIO CONDIVAL E.J.M.

Demandado: INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE

Referencia: APELACION SENTENCIA- ACCION CONTRACTUAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 26 de enero de 2005, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera - Sala de Descongestión, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda en los términos que a continuación se transcriben:

“PRIMERO: DECLARASE no probada las (sic) excepciones de “PROPOSICIÓN JURIDICA INCOMPLETA”, “INDEBIDA ACCION”, “PETICION ANTES DE TIEMPO”, “CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS” e “INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO FINANCIERO” invocada por el apoderado del INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y DEPORTE “IDRD” conforme a lo expuesto en este proveído, en relación con los contratos.”

“SEGUNDO: DECLARASE el rompimiento del equilibrio económico de los contratos Nos. 288-289-290-291 y 292 de 2001 suscritos entre el INSTITUTO DE RECREACION Y DEPORTE “IDRD” y el CONSORCIO CONDIVAL- EJM de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

“TERCERO: DECLARASE al INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y DEPORTE “IDRD” patrimonialmente responsable por los perjuicios ocasionados a las SOCIEDADES CONSTRUCCIONES DIVAL LIMITADA CONDIVAL LIMITADA y E.J.M. INGENIEROS ARQUITECTOS SOCIEDAD LIMITADA de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

“CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENESE al INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y DEPORTE “IDRD” a pagar las sumas de dinero por concepto de rompimiento de equilibrio económico la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$232.461.948) de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

“QUINTO: Sin condena en costas.

“SEXTO: Dar cumplimiento de esta sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

“SEPTIMO: En el evento en que no sea apelada la presente sentencia por ninguna de las partes, remítase la misma por Secretaría de la Sala de Descongestión, al Honorable Consejo de Estado en el Grado Jurisdicción de Consulta.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 19 de diciembre de 2002, las sociedades CONSTRUCCIONES DIVAL LTDA. CONDIVAL LTDA y E.J.M. INGENIEROS ARQUITECTOS LTDA., en su condición de miembros integrantes del Consorcio CONDIVAL – E.J.M., por conducto de apoderado judicial, presentaron demanda en ejercicio de la acción contractual contra el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE, con el propósito de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA Que se declare que el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE IDRDR ha incumplido sus obligaciones derivadas de los contratos 288-289-290-291 y 292 de 2.001 celebrados con el Consorcio CONDIVAL – E.J.M.

“SEGUNDA: Que se declare que en atención al incumplimiento del INSTITUTO, los contratos citados han sufrido un desequilibrio financiero originado en hechos y conductas antijurídicas no imputables al contratista, que generan un daño patrimonial indemnizable en cabeza de mis mandantes, el cual no están obligados a soportar.

“TERCERA: Que se declare que el INSTITUTO es responsable de indemnizar todos los daños patrimoniales sufridos por los integrantes del CONSORCIO CONDIVAL – E.J.M., causados con motivo del desequilibrio financiero declarado, conforme a lo que se pruebe en este proceso.

“CUARTA: Que consecuentemente se condene al INSTITUTO, a pagar a los integrantes del CONSORCIO CONDIVAL – E.J.M., los daños causados de acuerdo con lo que se pruebe en este proceso, bajo la modalidad de daño emergente y lucro cesante.

“QUINTA: Que los valores resultantes de la indemnización, sean actualizados de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 446 de 1.998 y la jurisprudencia nacional sobre la materia.

“SEXTA: Que en atención a la conducta de la Administración, esta sea condenada en las costas y gastos de este proceso, de acuerdo con lo dispuesto por la ley 446 de 1.998.”

Mediante auto del 20 de febrero de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dispuso la admisión de la demanda (fls. 123 C.1), decisión que fue notificada en debida forma.

2. Hechos.

Como fundamentos fácticos de las pretensiones, la parte demandante formuló, en síntesis, los siguientes (fls. 9-13 C1):

2.1. Que el Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte adelantó las licitaciones públicas distinguidas con los Nos. 24, 25, 26, 27, 28 y 29 de 2.001 con el fin de realizar la selección de contratistas para celebrar varios contratos cuyo objeto estaría constituido por la poda de césped y mantenimiento de las zonas verdes en diferentes parques de la ciudad de Bogotá.

2.2. Durante la etapa precontractual el Consorcio CONDIVAL – E.J.M., conformado por las sociedades CONDIVAL LTDA., y E.J.M. INGENIEROS ARQUITECTOS LTDA., solicitó aclaración de los términos de referencia en orden a obtener claridad y precisión acerca de cuál sería el área tenida en cuenta para calcular el precio del contrato, esto es si sólo el área de las zonas verdes o, por contrario la totalidad del parque, pues advirtió que si el precio sólo cobijaba el área de zona verdes, entonces el precio unitario oficial sería muy bajo comoquiera que en relación con las zonas duras también existían otras tantas actividades dirigidas al mantenimiento tales como aseo, aplicación de herbicida, bordeo lineal, entre otras, en virtud de la cuales el valor del contrato se vería incrementado.

2.3. Como respuesta a la solicitud de aclaración, la entidad distrital precisó que el área que se pagaría sería la correspondiente al área total del parque, por lo cual los proponentes debían tener en cuenta el costo de dichas actividades en su oferta económica y calcularlas por metro cuadrado.

2.4. El Consorcio CONDIVAL – E.J.M., presentó su propuesta atendiendo las aclaraciones expuestas por la entidad pública contratante.

2.5. Como resultado del proceso de evaluación, el Consorcio CONDIVAL – E.J.M., fue seleccionado para ser el adjudicatario de los contratos Nos. 288, 289, 290, 291 y 292 los cuales se celebraron el 27 de septiembre de 2.001 y cuyo objeto lo constituyó la poda del césped y el mantenimiento de las zonas verdes de algunos parques de Bogotá, por el sistema de precios unitarios por metro cuadrado y sin fórmula de reajuste.

2.6. No obstante, según refiere la parte actora, durante la etapa de ejecución contractual la entidad desconoció lo consignado en el escrito de aclaración a los términos de referencia, puesto que en esta fase consideró que debía pagarse

exclusivamente el área de las zonas verdes, con lo cual incumplió las estipulaciones de los términos de referencia y de los negocios jurídicos celebrados con el consorcio demandante.

2.7. A su turno, el consorcio contratista ejecutó el objeto de los contratos cumpliendo con las obligaciones a su cargo, aun en detrimento de su patrimonio, hecho atribuido a la variación unilateral de la entidad respecto de las condiciones económicas a la luz de las cuales se presentaron las propuestas en cuanto se abstuvo de reconocer los pagos con base en el área total de los parques podados y mantenidos.

2.8. A la fecha de presentación de la demanda los contratos cuya declaratoria de incumplimiento se depreca no se habían liquidado.

3.- Fundamentos de derecho.

El libelista soportó sus pretensiones en los siguientes fundamentos legales:

Artículos 83 y 90 de la Constitución Política; numeral octavo y noveno del artículo 4, numeral primero del artículo 5, artículos 27, 28, 50 a 55 de la Ley 80 de 1993; artículos 1602 y 1618 del Código Civil y artículos 64, 65 y 79 de la Ley 446 de 1998.

Como sustento de lo anterior, el demandante se refirió al contenido textual de las normas presuntamente vulneradas y sobre el particular consideró que constituye deber de la Administración actuar de buena fe en la ejecución de los contratos, responder por los daños antijurídicos causados por sus hechos y omisiones, mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer o de contratar, evitar la mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, reconocer a favor del contratista la remuneración pactada y restablecer el equilibrio económico cuando este se hubiera deteriorado por causas no imputables a aquel.

4. Contestación de la demanda.

El Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte, a través de apoderado judicial, dio contestación a la demanda dentro del término de ley.

En esa oportunidad se opuso a las pretensiones de la demanda con el argumento de que la entidad había cumplido a cabalidad con sus compromisos contractuales y que no existía causa alguna para alegar el desequilibrio financiero; por el contrario, en su criterio fue el contratista quien actuando de mala fe habría construido un supuesto irreal para alegar una ruptura de la ecuación económica de los contratos.

En cuanto a los hechos de la demanda sostuvo que si bien el consorcio demandante había presentado solicitudes de aclaración a los pliegos, y que si bien en la respuesta a las mismas se indicó que *“el área que se va a pagar es el área total del parque”*, tal circunstancia en modo alguno modificó los términos de las invitaciones públicas, ni el objeto de los contratos. Además, que en tal documento se les señalaba a los posibles proponentes que la oferta económica debía realizarse sobre el valor metro cuadrado de actividad, esto es sobre la intervención en zonas blandas objeto de poda y mantenimiento, teniendo en cuenta los costos conexos como el aseo de zonas duras, de conformidad con el numeral 6.3 de la invitación.

Afirmó que el demandante solo hizo una solicitud de aclaración frente a la cual la entidad contestó que si bien el valor a pagar se haría sobre la totalidad del área del parque, debía entenderse que dicha integridad se refería al área total del desarrollo del objeto contractual, el cual recaería en la poda y mantenimiento de las zonas verdes. Sobre este aspecto manifestó que los actores decidieron presentar la propuesta porque les resultaba atractivo en las condiciones que claramente conocían; además precisó que de entender la aclaración como lo pretendían amañar los demandantes, la consecuencia lógica hubiese sido que la Administración Distrital modificara los términos de referencia a través de un adendo, hecho que no sucedió, por lo cual los mismos mantuvieron su fuerza vinculante.

Textualmente sostuvo:

“... la interpretación que pretenden dar a la respuesta los demandantes es del todo desproporcionada, dado que si se tratara de pagar el área total del

parque, el objeto de la invitación y del contrato tendría que ser otro ya que se entraría a pagar por una actividad de poda y mantenimiento en zonas duras, lo cual además de ilógico sería abiertamente ilegal pues nadie puede podar el asfalto. En ese sentido es evidente que lo que se iba a pagar, como bien lo entendió desde un inicio los hoy demandantes (sic), era el valor metro cuadrado de actividad en zonas verdes en cuya determinación de valor el proponente debía incluir los costos principales y accesorios, estos últimos dentro de los cuales se contemplan los de limpieza de zonas duras.”

Continuó su escrito de defensa indicando que el contenido del objeto de las invitaciones y de los contratos no dejaban la menor duda acerca de que la unidad de medida del valor a pagar era el metro cuadrado de poda y mantenimiento de zonas verdes por precio fijo, sin fórmula de reajuste.

De otro lado, señaló que la prueba pericial aportada con la demanda era inconducente dado que establecer la ocurrencia del desequilibrio económico o la responsabilidad de la entidad formaba parte de la competencia exclusiva del juez, la cual no podía usurparse por peritos.

Luego de realizar un recuento normativo de las disposiciones que informan la contratación estatal y las reglas de interpretación previstas en el derecho privado, reiteró que el tenor literal de la repuesta a la solicitud de aclaración en nada varió el objeto de la invitación, máxime cuando no se suscribió escrito modificatorio o adendo en ese sentido. Así mismo iteró que el contratista, conocedor de los términos de la invitación, plasmó su propuesta económica de manera integral con todos sus componentes, incluyendo las labores conexas de limpieza de zona dura por lo que estimó arbitrario que bajo la teoría del desequilibrio económico pretendiera obtener un doble pago, por fuera de las estipulaciones contractuales, sumado ello a que si su oferta no incluía lo pertinente a limpieza de zonas duras por la labor ejecutada en zonas blandas entonces sería artificialmente baja.

Así mismo formuló los siguientes medios exceptivos:

Cumplimiento de los contratos.

Como argumento de la excepción indicó que el IDR pagó las sumas pactadas en el tiempo establecido y en las condiciones determinadas en el contrato. Cuestión diferente es que los demandantes pretendan un pago ajeno a las estipulaciones negociales.

Inexistencia de desequilibrio financiero.

Según sostuvo la demandada, al analizar la propuesta presentada por el consorcio demandante se advierte como en la misma, para determinar el valor de metro cuadrado del objeto contractual, esto es poda de zonas verdes, incluyen el valor de personal y maquinaria para aseo de zonas duras, de lo cual coligió que la actividad conexas quedó inmersa en el pago propuesto, sin que sea posible pretender un doble pago por la misma labor.

Proposición jurídica incompleta.

Consideró que los términos de referencia de la invitación contenían las estipulaciones propias del contrato, pero tales términos no fueron incluidos con objeto del presente debate, por lo cual consideró que la proposición jurídica de la demanda era incompleta.

Indebida acción.

Teniendo en cuenta que la discrepancia que suscitó la presente controversia se originó en documentos de la etapa precontractual, los demandantes debieron acudir a la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, la cual para la fecha de la demanda ya se encontraba caducada.

Acción antes de tiempo.

Advirtió que comoquiera que la pretensión de la demanda se encaminó a obtener la declaratoria de incumplimiento contractual, la petición resultaba anticipada dado que los contratos aún no se habían liquidado.

5. Alegatos de conclusión.

Agotado el período probatorio, el Tribunal Administrativo *a quo*, mediante auto del 27 de mayo de 2004, ordenó dar traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

Al cabo del término previsto, las partes aportaron sus respectivos escritos de alegaciones en los cuales, a la luz del acervo recaudado durante el debate probatorio, reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y en su contestación.

6. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera - Sala de Descongestión, profirió sentencia el día 26 de enero de 2005, a través de la cual resolvió el litigio (folios 270-301 cuaderno principal), en los términos que fueron transcritos al inicio de esta providencia.

En primer lugar se pronunció frente a los presupuestos procesales de la acción, en desarrollo de lo cual estimó que teniendo en consideración que la Administración había negado el reconocimiento del equilibrio económico de los contratos el 19 de noviembre de 2001 y el ejercicio de la acción tuvo lugar el 19 de diciembre del 2002, debía concluirse que la demanda se presentó dentro de los dos años de caducidad de la acción de controversias contractuales.

A renglón seguido expuso que las sociedades que integraron el Consorcio contratista estaban legitimadas en la causa por activa, dado que en el plenario reposan los certificados de existencia y representación de cada una de ellas y sus respectivos representantes legales otorgaron poder para ejercer la presente acción. También sostuvo que el Instituto Distrital se encuentra legitimado en la causa por pasiva por ser la entidad que suscribió los contratos cuyo incumplimiento se reclamaba.

Siguiendo con el estudio de las excepciones, el Tribunal a quo halló adecuado el ejercicio de la acción de controversias contractuales frente a las pretensiones que circunscriben el petitum de la demanda, cual es el incumplimiento y el consecuente rompimiento del equilibrio económico del contrato, por lo cual despachó desfavorablemente las denominadas *“Proposición jurídica incompleta”* e *“Indebida escogencia de la acción”*.

En orden a decidir la excepción de *“Acción antes de tiempo”*, precisó que la liquidación del contrato en modo alguno constituía un requisito previo para acudir

ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en ejercicio de la acción contractual, razón por la cual el medio exceptivo no estaba llamado a prosperar.

Al adentrarse en el análisis de fondo se refirió a la naturaleza y obligatoriedad de los pliegos de condiciones o términos de referencia y en ese sentido sostuvo que ellos constituyen el reglamento que disciplina el procedimiento administrativo de selección del contratista y delimitan el contenido y alcance del contrato, al punto que lo regulan en su integridad estableciendo una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la Entidad Estatal contratante y el contratista, no sólo en la etapa de formación, sino también en la de cumplimiento del contrato y hasta su fase final por constituir la ley del contrato. Conforme lo expuesto advirtió que la Administración debía elaborar los pliegos de condiciones de forma clara y precisa.

Del análisis del material probatorio, el Tribunal *a quo* halló que en la etapa precontractual a varios de los oferentes les surgieron dudas sobre la modalidad de pago establecida en los términos de referencia, pues si bien en su contenido se hacía hincapié en que el objeto del contrato se circunscribía a la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes para los parques vecinales, los cuales se iban a reconocer teniendo en cuenta el sistema de precios unitarios fijos por metro cuadrado, lo cierto es que el mismo documento imponía otra clase de labores que abarcaban zonas duras, esto es áreas diferentes a las zonas verdes, entre las cuales se encontraba el aseo que contemplaba labores como limpiar, soplar, barrer, hacer y mantener el bordeado lineal, así como la aplicación de herbicida, prestaciones respecto de las cuales los oferentes no tenían certeza frente a la forma de su reconocimiento.

En consonancia con lo anterior y teniendo en cuenta los términos de la respuesta de la entidad a la solicitud de aclaración formulada por el contratista, concluyó que la Administración, de forma clara y sin asomo duda, reconoció que el pago del metro cuadrado se haría teniendo en cuenta el área total del parque, lo cual no podía ser desconocido por dicha instancia.

Sin embargo dicha precisión no fue incluida dentro del texto de los contratos celebrados entre las partes del litigio, circunstancia que fue puesta de presente por el contratista a la entidad mediante escrito del 29 de octubre de 2001; con todo, la entidad contratante en respuesta del 18 de noviembre de 2001 manifestó que el Instituto sólo pagaría por número de metros cuadrados podados y que la anterior

contestación no implicó una modificación de los términos de referencia, ni constituyó un adendo.

Para el Tribunal a quo, aceptar la respuesta de la entidad constituiría una vulneración al principio de buena fe que debe orientar la contratación estatal, pues aun cuando no constituyó un adendo, lo cierto es que el proponente calculó en su oferta el precio por metro cuadrado teniendo en cuenta que el pago se efectuaría con base en el área total del parque, aclaración que la entidad desconoció al momento de suscribir los contratos.

Conforme lo anotado, el Tribunal a quo concluyó:

“La parte actora invocó el rompimiento del equilibrio económico de los contratos 288-289-291 y 292 de 2001 derivado de la variación en la forma de pago pactada en la etapa precontractual, argumento que acoge la Sala... y en tanto que en el caso concreto la misma se vio afectada por hechos imputables a la entidad contratante, tal como se dejó de presente.

“Por otro lado, se observa que el contratista cumplió con los objetos pactados en los contratos 288-289-290-291 y 292 de 2001 tal como se infiere de las certificaciones expedidas por el Instituto de Recreación y Deporte “IDRD” el 28 de septiembre de 2002, mediante las cuales asegura que el contratista cumplió las obligaciones contraídas de conformidad con las Actas de Recibo Final del interventor de los mencionados contratos, razón por la cual la Sala considera que no están llamadas a prosperar las excepciones de fondo invocadas por la parte demandada denominadas “CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS” e “INEXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO”.

Con el propósito de calcular el valor dejado de pagar por los contratos suscritos entre las partes, el Tribunal acogió el dictamen pericial aportado por la parte actora, máxime cuando dentro del término del traslado del mismo la demandada no se opuso a su contenido.

Con base en la prueba pericial coligió que el monto equivalente a la ruptura del equilibrio económico del contrato, debidamente actualizado, ascendía a la suma de \$232'461.948, correspondiente a los metros cuadrados de zona dura dejados de reconocer en relación con los contratos Nos. 288, 289, 290, 291 y 292 de 2001.

7. Los recursos de apelación.

7.1. Parte demandante.

La inconformidad que sirvió de fundamento al recurso de alzada promovido por la parte actora se centró en la negativa de condenar en costas a la parte demandada.

Sobre el particular manifestó que de acuerdo al artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, el Juez podría condenar en costas a la parte vencida en el juicio, teniendo en cuenta la conducta asumida durante el curso del proceso.

Con apoyo en la norma aludida, estimó que de los hechos que fungieron como respaldo de las pretensiones fácilmente se concluía que la conducta asumida por el IDRDR comportó temeridad y mala fe al defender a ultranza una posición carente de todo fundamento lógico y contraviniendo el principio de buena fe y lealtad procesal. A ello sumó su inasistencia a la audiencia de conciliación prejudicial.

7.2. Parte demandada.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandada INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE interpuso recurso de apelación, en el cual solicitó que se revocara en su integridad el fallo impugnado.

Con ese propósito arguyó que precisamente en observancia de la carga de claridad y precisión de los pliegos de condiciones o términos de condiciones, esa Entidad Estatal desde el mismo momento en que se presentaron las observaciones por parte del consorcio contratista, suscribió el oficio del 7 de septiembre de 2001 mediante el cual se aclaró que *“El área que se va a pagar es el área total del parque, por lo tanto el costo de dichas actividades deberá ser contemplado por el proponente en su oferta económica por metro cuadrado”*, de donde se desprendía, según su entender, que el área específica en la que el objeto contractual era susceptible de ser ejecutado era la que correspondía a las áreas verdes en su totalidad de los parques objeto de las invitaciones públicas. Ello en consonancia con las obligaciones impuestas en los términos de referencia, en las cuales se incluyó la carga del contratista de medir las zonas verdes,

arrojaba claridad en cuanto a que la oferta económica debía presentarse con base en el metro cuadrado de la actividad ejecutada sobre zonas verdes, de tal suerte que, en su criterio, el Instituto no faltó a su deber de claridad y precisión en la elaboración de los pliegos de condiciones.

Así mismo señaló que las respuestas emitidas por la Administración Distrital a las solicitudes de aclaración de los proponentes no constituyeron modificaciones a los términos de referencia, pues para que esto hubiese sido así necesariamente debía expedirse el correspondiente adendo, lo cual no sucedió, sencillamente constituyó una aclaración en el sentido de que *“es de sana lógica entender que el área total del parque a que se hacía mención, era la que se podara por metro cuadrado de áreas verdes”*.

En este punto advirtió:

“... la propuesta presentada por el Consorcio se sujetó de manera integral a los términos de referencia mencionados y de igual manera, formuló su propuesta económica por valor de metro cuadrado para poda de césped y mantenimiento de zonas verdes, en cuya discriminación incluye lo necesario para la poda propiamente dicha y las labores auxiliares de aseo en zonas duras como bolsas plásticas, volqueta de aseo, auxiliares de relección, sopladora de espalda, carretillas, escobillas, aspiradora de piso duro, de acuerdo a lo requerido en los términos de referencia numerales 6.2.3 y 6.3.

“(...).

“Con la propuesta económica presentada, el contratista no presentó excepción económica alguna, que demostrara o dejara como antecedente de su inconformidad o duda que de acuerdo con la normatividad podía efectuar, antes bien, expresó de manera integral con todos los componentes de esta, incluyendo las labores conexas de limpieza y zonas duras, por lo que es, totalmente arbitrario que al a quo con fundamento en una carga de claridad o precisión, deduzca y acoja un presunto rompimiento económico de los contratos 288, 289, 290, 291 y 292 de 2001, derivado de una variación en la forma de pago que no existe y que no se demostró en el proceso de manera directa, pretendiendo el demandante obtener un doble pago por fuera de las estipulaciones contractuales y del objeto mismo contratado, dejando de lado que si su oferta no incluía lo pertinente a limpieza de zonas duras por la labor ejecutada en zonas blandas, se tendría entonces que concluir, que su oferta sería artificialmente baja.

Ahora bien, en cuanto a la prueba de cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, acreditado a través de las certificaciones expedidas por el IDRD, sostuvo que dicho cumplimiento hacía relación a las obligaciones contraídas por el contratista con sujeción al contenido técnico y económico de la propuesta

presentada por el mismo, sin que la discusión se pudiera hacer extensiva a aspectos económicos derivados de inferencias del contratista soportadas en cuestiones ajenas a las verdaderamente vinculantes de la etapa precontractual.

Insistió en que la interpretación del Tribunal *a quo* a la respuesta emanada de la entidad contratante fue desproporcionada en relación con la finalidad del contrato, pues si se hubiera pretendido pagar el área total del parque, entonces el objeto de la invitación y del contrato hubiera sido otro distinto, además de ilógico e ilegal pues implicaría podar el cemento y el asfalto.

Por último concluyó:

“En ese sentido, es evidente que lo que se iba a pagar, como bien lo entendió desde un principio el demandante, era el valor metro cuadrado de actividad en zonas verdes en cuya determinación de valor proponente debía incluir los costos principales y accesorios, estos últimos dentro de los cuales se contemplan los de limpieza de zonas duras. Sobre este tema, es claro que los demandantes dejaron por fuera las respuestas dadas a otros proponentes, que se refirieron a la forma como se incluirían en el valor de la propuesta las actividades conexas sobre zonas duras, por ejemplo como lo hizo la firma SIMA, en cuya respuesta se le manifestó: “La solicitud del numeral 6.2.4 de los términos de referencia será desarrollada únicamente por el oferente a quien sea adjudicado el contrato.... Las actividades de los numerales 15 y 16 de los requisitos técnicos, numeral 6.2.1 están estrechamente relacionados con el mantenimiento y retiro del césped, por lo anterior, el costo de dichas actividades deberá ser contemplado por el proponente en su oferta económica por metro cuadrado” de tal forma que era clara la forma de ofertar, por metro cuadrado de poda y mantenimiento de zona verde, incluyendo los costos conexos de limpieza de zonas duras.

“El contenido del objeto de las invitaciones y del de los contratos no dejan la menor duda sobre que la medida del valor a pagar es el metro cuadrado de poda y mantenimiento de zonas verdes por precio fijo sin fórmula de reajuste.”

8. Actuación en segunda instancia.

Por auto del 21 de octubre de 2005, el Consejo de Estado admitió el recurso de apelación presentado por las partes (fls. 324 cuaderno principal).

El 17 de febrero de 2006 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto. (fls. 326 cuaderno principal).

Las partes allegaron oportunamente sus respectivos escritos de alegaciones en los cuales reiteraron casi que en su totalidad las razones expuestas en los escritos de demanda y contestación presentados en primera instancia, así como los argumentos expuestos en los recursos de apelación.

El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, en criterio de la Sala resulta necesario, con el fin de desatar el recurso de alzada interpuesto por las partes contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Sala de Descongestión, el 26 de enero de 2005 , adelantar el estudio de los distintos temas que constituyen materia de la litis, así: 1) La competencia para conocer del asunto; 2) Situación probatoria; 3) De la normativa aplicable al caso concreto; 4) Precisiones conceptuales en torno a las diferencias existentes entre la figura del incumplimiento contractual y la del desequilibrio económico del contrato; 5) Análisis del caso concreto y 6) costas.

1.- Competencia del Consejo de Estado.

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 75¹ de la Ley 80, expedida en el año de 1993, el cual prescribe, expresamente, que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto la demandada INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE, creada mediante Acuerdo 4 de 1979, es un establecimiento público descentralizado del orden distrital y por tanto tiene el carácter de entidad estatal, según lo dispuesto en la letra a) del numeral primero del artículo 2^o de la Ley 80 de 1993².

¹ Artículo 75, Ley 80 de 1993. *“Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”*

² Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2^o de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

Adicionalmente, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En efecto, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 1107 de 2007, define el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

“Artículo 1°. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedará así:

*“Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las **entidades públicas** incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.*

“Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno.

“La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”. (Negrillas fuera de texto)

“Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

“Parágrafo. Sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001.” (Negrillas fuera de texto)

La norma legal transcrita, al definir el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, precisó que a la misma le compete *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”*, en lugar de *“juzgar las*

“(…)”

controversias y litigios administrativos”, como disponía el texto anterior del mismo artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

Respecto de su alcance se pronunció la Sala mediante auto de febrero 8 de 2007, radicación 30.903, en el cual, a propósito de los asuntos que interesan al caso que aquí se examina, señaló:

“A manera de síntesis, puede resumirse la nueva estructura de competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la entrada en vigencia de la ley 1.107 de 2006, de la siguiente manera:

“i) Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo.

“(..).”

De otro lado, para la Sala resulta pertinente precisar que en el texto de los contratos Nos. 288, 289, 290, 291 y 292 de 2001 cuyo estudio se adelanta en esta oportunidad, se incluyó la siguiente cláusula:

“VIGÉSIMA SEGUNDA. SOLUCION DE CONTROVERSIAS. Las diferencias y conflictos que surjan en desarrollo del objeto contractual se solucionarán a través de los mecanismos de conciliación y transacción previstos en la Ley 80 de 1993”.

No obstante la existencia de la anterior estipulación contractual transcrita, en criterio de la Sala la misma no tiene virtualidad alguna para derogar la competencia de la justicia institucional, dado que dicho pacto se convino en términos exageradamente vagos, amplios e indeterminados, puesto que en su contenido no se precisó de manera expresa y clara, cuál de los mecanismos allí mencionados, el de conciliación o el de transacción, se aplicaría para solucionar los conflictos o controversias que pudieran surgir entre las partes, a lo cual cabe agregar que en la cláusula ni siquiera se hizo referencia a la institución del arbitraje y mucho menos se acordó llevar sus conflictos al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento.

Hechas estas precisiones ha de concluirse que esta Sala es competente para resolver el recurso de alzada sometido a su estudio.

2.- Situación probatoria.

Los documentos que a continuación se relacionan fueron aportados al proceso por la parte demandada mediante oficio No. 017198 del 28 de mayo de 2003 suscrito por la Secretaria General del INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y DEPORTE, como consecuencia de la orden judicial emanada del auto que abrió el debate probatorio en primera instancia, por lo cual serán valorados como prueba:

2.1. Términos de referencia de la Invitación pública No. 024 de 2001 realizada por el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE, cuyo objeto se definió en los siguientes términos (fls. 6-24 c17):

“2. OBJETO DE LA INVITACION. Seleccionar en igualdad de oportunidades una persona natural o jurídica, consorcios o uniones temporales, nacional o extranjera que no se encuentren inhabilitadas para contratar con el Instituto, ni incluida en boletín de responsabilidades fiscales de la Contraloría General de la República para que ejecute por el sistema de precios unitarios fijos, por metro cuadrado sin fórmula de reajuste la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes para los parques vecinales de las localidades de Usme (5), Bosa (7) y Ciudad Bolívar de la denominada zona 6, de acuerdo con las actividades, frecuencia y procedimientos y demás condiciones previstas en los presentes términos de referencia.”

2.2. Términos de referencia de la invitación pública No. 025 de 2001 efectuada por el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE, en el cual se determinó el siguiente objeto (fls. 10-23 c10):

“2. OBJETO DE LA INVITACION. Seleccionar en igualdad de oportunidades una persona natural o jurídica, consorcios o uniones temporales, nacional o extranjera que no se encuentren inhabilitadas para contratar con el Instituto, ni incluida en boletín de responsabilidades fiscales de la Contraloría General de la República para que ejecute por el sistema de precios unitarios fijos, por metro cuadrado sin fórmula de reajuste la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes para los parques vecinales de las localidades de SUBA (11), BARRIOS UNIDOS (12) Y FONTIBON (09) DE LA DENOMINADA ZONA TRES (3) de acuerdo con las actividades, frecuencia y procedimientos y demás condiciones previstas en los presentes términos de referencia.”

2.3. Términos de referencia de la Invitación pública No. 026 de 2001 realizada por el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE, cuyo objeto se describió así (fls. 10-28 c23):

“2. OBJETO DE LA INVITACION. Seleccionar en igualdad de oportunidades una persona natural o jurídica, consorcios o uniones temporales, nacional o extranjera que no se encuentren inhabilitadas para contratar con el Instituto,

ni incluida en boletín de responsabilidades fiscales de la Contraloría General de la República para que ejecute por el sistema de precios unitarios fijos, por metro cuadrado sin fórmula de reajuste la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes para los parques vecinales de las localidades de Engativá (10), Puente Aranda (16) y Kennedy (8) que conforman la denominada zona cuatro (4), de acuerdo con las actividades, frecuencia y procedimientos y demás condiciones previstas en los presentes términos de referencia.”

2.4. Términos de referencia de la Invitación pública No. 028 de 2001 realizada por el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE con el siguiente objeto (fls. 38-58 c12):

“2. OBJETO DE LA INVITACION. Seleccionar en igualdad de oportunidades una persona natural o jurídica, consorcios o uniones temporales, nacional o extranjera que no se encuentren inhabilitadas para contratar con el Instituto, ni incluida en boletín de responsabilidades fiscales de la Contraloría General de la República para que ejecute por el sistema de precios unitarios fijos, por metro cuadrado sin fórmula de reajuste la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes para los parques vecinales de las localidades de Antonio Nariño (15), Rafael Uribe Uribe (18) y Tunjuelito (6) de la denominada zona cinco (5), de acuerdo con las actividades, frecuencia y procedimientos y demás condiciones previstas en los presentes términos de referencia.”

2.5. Términos de referencia de la Invitación pública No. 029 de 2001 realizada por el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE cuyo objeto se describió en los siguientes términos (fls. 56-76 c2):

“2. OBJETO DE LA INVITACION. Seleccionar en igualdad de oportunidades una persona natural o jurídica, consorcios o uniones temporales, nacional o extranjera que no se encuentren inhabilitadas para contratar con el Instituto, ni incluida en boletín de responsabilidades fiscales de la Contraloría General de la República para que ejecute por el sistema de precios unitarios fijos, por metro cuadrado sin fórmula de reajuste la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes para los parques vecinales de las localidades de Usaquén (01), Chapinero (02) y Teusaquillo (13) de la denominada zona uno (1), de acuerdo con las actividades, frecuencia y procedimientos y demás condiciones previstas en los presentes términos de referencia.”

En el numeral 6.2.1 de todos los términos de referencia de las invitaciones antes mencionadas se plasmaron los requisitos técnicos así:

“6.2.1 REQUISITOS TECNICOS

El oferente deberá presentar por escrito una oferta técnica que contenga los siguientes aspectos técnicos:

- 1. Presentar por escrito el enfoque general del desarrollo de las actividades que demanda este tipo de trabajo y una metodología propuesta, la cual deberá describirse de forma detallada, sustentando cada actividad.*
- 2. Contemplar dentro de la programación inicial, que se deberá realizar la medición con cinta de las áreas verdes de los parques que se indiquen la cual debe ser consignada mediante esquema indicando el metraje de las áreas verdes de los parques a intervenir que deberá ser aprobada por el supervisor del contrato para dar inicio al primer ciclo de actividades de poda.*
- 3. Contemplar en la programación de poda, que los días domingo y festivos, no se podrán adelantar labores de poda en ninguno de los parques contratados.*
- 4. Colocar por lo menos dos vallas informativas de acuerdo al manual de imagen corporativa de la Alcaldía Mayor, durante el desarrollo de las labores de poda en cada uno de los parques.*
- 5. Compromiso de realizar el corte necesariamente con maquinaria especializada para la labor, en ningún caso se hará con peinilla o machete por los riesgos que trae consigo el uso de este implemento y por la baja calidad final del trabajo.*
- 6. Compromiso de realizar la poda de prados con recortadoras de hierba, destrozadoras o guadañadoras a motor. También podrá usarse corta césped a motor y tractores adecuados para mantenimiento de prados.*
- 7. El corte con guadañadora podrá ser implementado con cuchilla, cuando la zona verde presente una altura superior a 10 cms. (situación que se presenta en el primer corte), a partir del segundo corte deberá ser utilizada la guadañadora con yoyo de nylon.*
- 8. Compromiso de realizar la poda con una frecuencia de 45 días entre corte y corte de césped.*
- 9. El bordeado podrá desarrollarse manual o mecánicamente consistente en el corte vertical entre la zona verde y los sardineles, cajas de inspección, tapas, zonas duras (juntas de delimitación), caminos peatonales, senderos y otros elementos que hacen parte integral de la zona verde, a partir del borde o bordillo del área del parque. En caso de que esta labor sea realizada con guadañadora será necesario utilizar el yoyo de nylon.*
- 10. El plateo alrededor de árboles y arbustos deberá ser realizado con una ronda de aproximadamente 30 cm de radio, en la que se deberá eliminar la vegetación de kikuyo.*
- 11. El plateo no podrá ser realizado con herbicidas, deberá ser realizado por obligación con medios mecánicos, protegiendo las raíces superficiales.*

12. *El plateo deberá ser realizado con guadañadora en postes, luminarias, zonas duras, cajas de inspección, tapas y demás elementos del equipamiento urbano existente en la zona verde.*
13. *Recolectar el material cortado, el mismo día del corte, se deberá empacar adecuadamente para el transporte y llevar a un botadero autorizado por la entidad Distrital competente, cargando la totalidad del material vegetal producido por las actividades referidas incluyendo los desperdicios, basuras y demás elementos existentes en las zonas.*
14. *Realizar la limpieza, tanto de sumideros como de los elementos y zonas afectadas con taponamiento como consecuencia de los residuos producto del corte que caen sobre las calzadas, caminos peatonales, canchas y demás elementos ajenos a la zona verde.*
15. *En zonas duras y cerramientos, que estén invadidas en sus uniones, dilataciones por pasto kikuyo, se deberá utilizar herbicidas específicos para hoja angosta, los que deberán ser aplicados en forma dirigida para evitar el riesgo de daños de la vegetación vecina y provocar intoxicaciones en la población humana.*
16. *Las zonas duras deberán quedar totalmente limpias, mediante barrido, soplado y/o aspirado cuidando de no afectar las superficies con el método de limpieza usado.*
17. *Los cerramientos deben permanecer despejados de todo tipo de pastos, deberá existir un control permanente sobre la hierba, con el fin de prevenir que la misma cause corrosión y daño en dichas estructuras.*
18. *Las zonas dedicadas a jardines y setos, deben aislarse de la zona verde para evitar la invasión de ellas por kikuyo.*
19. *Eliminar la población de kikuyo entre jardines y construir un área de aislamiento con el prado de por lo menos de ocho (8) cm.*
20. *No se pueden utilizar herbicidas en las rondas de jardines y setos.*
21. *Las zonas aledañas cerramientos y zonas externas a la delimitación del parque deberán ser mantenidas de igual forma y como mínimo hasta el sardinel.*
22. *En el desarrollo del contrato no se podrán talar árboles.*
23. *Será obligación mejorar la estructura individual de cada árbol o arbusto ubicado en los diferentes parques, con el propósito de mantener la visibilidad en el parque. En caso de no existir el tutor o que se encuentre en mal estado, se deberá hacer el reporte correspondiente al supervisor del contrato.*
24. *Las podas de realce de árboles y arbustos de bajo follaje deberán ser ejecutadas manualmente o con motosierra y de conformidad con los lineamientos de arboricultura Urbana del Jardín Botánico.*

25. *El realce en la base de los árboles, deberá ser realizada a una altura máxima de 40 cm con el fin de facilitar la poda y plateo alrededor de los mismos. (Con excepción de los setos).*

26. *Las ramas de los árboles que se encuentre partidas deberán ser retiradas en forma manual y con ayuda de la motosierra. No podrá realizarse poda alguna en palmas ubicadas en los parques.”*

En el numeral 6.2.4. de todos los términos de referencia en mención se estableció:

“Teniendo en cuenta que inicialmente se deben medir en campo las zonas verdes de los parques a intervenir, este será el primer requisito para iniciar las labores de poda y mantenimiento. El proponente presentará un plan de trabajo para los 45 días, tiempo en el cual debe podar y mantener la totalidad de parques de la zona, en diagrama de barras (Gantt) en el que se incluya para cada parque, el período durante el cual se ejecutarán los trabajos.

“La elaboración de los programas deberá tener en cuenta las condiciones climáticas de la zona, la topografía, las características físicas del parque y los accesos, la localización tráfico y las condiciones de las potenciales para la adquisición de insumos.

“El programa de trabajo solamente podrá ser modificado por causas no atribuibles al contratista y en interés del mejor desarrollo de las labores encomendadas. El supervisor controlará el progreso real alcanzado y le requerirá e informará al Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte sobre eventuales retrasos, conceptuando las razones de los mismos para que el Instituto tome las acciones legales y contractuales a que haya lugar.”

En el numeral 6.3 de todos los términos de referencia establecieron de los requisitos de la oferta económica, como pasa a transcribirse:

“6.3 OFERTA ECONOMICA

“El IDRD establece un valor integral máximo de CUARENTA PESOS POR METRO CUADRADO.

El proponente deberá indicar el valor de su oferta para servicio de corte por metro cuadrado³, ésta oferta deberá estar sustentada con el correspondiente análisis de precios unitarios. Los precios unitarios deberán contemplar todos los costos en que incurra el contratista, insumos, equipos y maquinaria, herramientas transporte al sitio de la actividad, el valor de la mano de obra, incluido prestaciones sociales y aportes de ley, y en general cualquier otro costo en que incurra, para la correcta ejecución de los trabajos contratados.

³ En los términos de referencia de la invitación pública No. 025 de 2001, la redacción de este inciso quedó de la siguiente manera: “El proponente deberá indicar el valor de su oferta por metro cuadrado.” En adelante la redacción fue idéntica.

“En el costo de la oferta el proponente contemplará todos los costos en que incurra el contratista (insumos, equipos transporte al sitio de la actividad, el valor de la mano de obra incluido prestaciones sociales y aportes de ley, etc), los impuestos (TIMBRE E IVA entre otros), tasas, garantías y contribuciones de ley, y en general cualquier otro costo en que incurra para la correcta ejecución del contrato.

Nota: si el oferente no considera y relaciona en su propuesta alguno (s) de estos conceptos, se entenderá que el costo que ello ocasione estará incluido dentro del valor ofertado y no habrá lugar a adición al contrato en tal evento.

“(…)”.

Por último, en los numerales 12.2 y 12.3 se estipuló el plazo de ejecución y la forma de pago, así:

“12.2 PLAZO DE EJECUCIÓN

El plazo de ejecución del contrato será de seis meses o hasta agotar reserva presupuestal contadas a partir de la suscripción del acta de iniciación del contrato la cual deberá ser suscrita dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato.

Parágrafo: La frecuencia de corte y mantenimiento de zona verde es de 45 días.

“12.3 FORMA DE PAGO.

El valor del contrato será cancelado mes vencido dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a que se cumpla el servicio desarrollado durante el mes, previa presentación de la respectiva factura, el informe de ejecución del contratista y la certificación expedida por el supervisor del contrato sobre el cumplimiento del objeto del mismo.”

2.6. Escrito del 6 de septiembre de 2001 mediante el cual el Consorcio Condival – E.J.M., elevó ante el Grupo de Apoyo a la Contratación del IDR D una solicitud de aclaración respecto de las invitaciones públicas Nos 024, 025, 026, 027, 028 y 029, en los siguientes términos (fl. 104 c8):

“2.- El pliego dice que antes de iniciar las labores se deben medir las zonas verdes de los parques. La pregunta es: el área que van a pagar es solo las zonas verdes o el área total del parque? Si la respuesta es que solamente pagan las zonas verdes, el precio unitario oficial es muy bajito y no alcanzaría pues existen actividades en la zonas duras tales como el aseo, aplicación de herbicida, bordeo lineal, etc, que se incrementan y por el contrario el valor final pagado es menor. Durante los últimos tres años siempre nos han pagado el área total del parque sin descontar zonas duras, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas anteriormente.

Adicionalmente en los procesos licitatorios de poda del Instituto, este ha venido bajando los precios cada vez más, cambiando la forma de pago de una manera más crítica (sin anticipo), exigiendo más personal (Arquitecto o Ingeniero residente, Auxiliares medidores) y ahora si no pagan las zonas duras, las cuales hay que bordear, limpiar, soplar, barrer, aplicar herbicida, etc, entonces el precio unitario se vuelve insuficiente.”

2.7. Mediante oficio No. 24833 del 7 de septiembre de 2001 la Coordinadora del Grupo de Apoyo a la Contratación del IDR D dio respuesta a la anterior inquietud, como textualmente se indica (fl. 90 c8):

“El área que se va a pagar es el área total del parque, por lo tanto el costo de dichas actividades deberá ser contemplada por el proponente en su oferta económica por metro cuadrado”.

2.8. Uno de los adquirentes de los términos de referencia de las invitaciones públicas Nos. 24, 25, 26, 27, 28 y 29 quien también presentó oferta, sociedad SIMA, igualmente solicitó al IDR D la siguiente aclaración (fl. 230 c8):

(...).

“El objeto del contrato se refiere exclusivamente a la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes para los parques vecinales de las diferentes localidades, pero en el numeral 6.2.1. REQUISITOS TECNICOS se contemplan en el punto 15 el mantenimiento de zonas duras y en el punto 16 exigen la limpieza de las mismas. Pero de conformidad con el numeral 6.2.4 solo se tendrá en cuenta para pago las zonas verdes que resulten de la medida inicial. ¿Cómo se podrán cobrar las áreas duras?”.

2.9. Como respuesta a lo anterior, la Coordinadora del Grupo de Apoyo a la Contratación a través de oficio No. 24826 del 7 de septiembre de 2001, contestó (fl. 99-100 c8):

“las actividades de los numerales 15 y 16 de los requisitos técnicos numeral 6.2.1 están estrechamente relacionados con el mantenimiento y retiro de césped, por lo anterior, el costo de dichas actividades deberá ser contemplado por el proponente en su oferta económica por metro cuadrado”.

2.10. La sociedad INCIVIAS LTDA., de igual forma elevó la siguiente solicitud de aclaración (fl.60 c20):

“En los Términos el I.D.R.D. establece un valor integral máximo de \$40 pesos por M2. Este valor incluye el valor unitario total? O sea costos directos y A.I.U?”.

2.11. En oficio No. 24824 del 7 de septiembre de 2001, la misma funcionaria del IDRDR dio contestación a solicitud de aclaración formulada por la sociedad INCIVIAS LTDA., tal como se transcribe:

“El valor por metro cuadrado establecido como valor máximo a pagar por parte del IDRDR, incluye todos los costos de carácter directo e indirecto (AIU).”

2.12. Oficios del 10 de septiembre de 2001 que la Coordinadora del Grupo de Apoyo a la Contratación del IDRDR remitió a los oferentes que a continuación se relacionan con las copias de las observaciones y respuestas dadas por el Instituto dentro de las invitaciones públicas Nos. 24, 25, 26, 27, 28 y 29 de 2001: CAMPO Y CIUDAD LTDA. INFORAGRO LTDA. EQUIVAR LTDA. ECOFLORA LTDA. PLANTAMOS LTDA. JAIME CASTELLANOS RAMOS, FUNDACION GRANAHORRARR, S.M.G. LTDA., RAFAEL GONZALEZ, U.T. IFA, UNION TEMPORAL PARA VIVIR MEJOR, JOSE CAMILO TORRES, GERMAN PRIETO Y CIA. LTDA., CONSORCIO CONDIVAL-EJM, INCIVIAS LTDA., SIMA LTDA., O.M. INGENIERIA Y AMBIENTE LTDA., EPSA LTDA., JAIRO MARTINEZ, CONSORCIO GAMMA y CONSORCIO SANCHEZ (fl. 112-143 c17).

2.13. Adendo No. 1 de las Invitaciones Públicas No. 024, 025, 026, 027, 028, y 029 de 2001, mediante el cual el IDRDR modificó algunos ítems de los términos de referencia, a saber (fls.56-57 c17) :

“4.3. Cierre de Invitaciones públicas: será el día 11 de septiembre de 2001 en la Oficina de Apoyo a la Contratación del Instituto en el horario que se menciona en los respectivos términos de las invitaciones públicas Nos. 024, 025, 026, 027, 028, y 029 de 2001.

“Los demás numerales del ítem 4 de cronograma que se mencionan en los términos de referencia de las citadas invitaciones continuarán vigentes.

“6.2.2. PERSONAL MÍNIMO REQUERIDO

“El personal ofrecido por el proponente debe estar disponible tiempo completo y dedicarse exclusivamente a la ejecución del contrato y debe ser mínimo el siguiente:

“El proponente deberá ofrecer en su propuesta:

NUMEROS DE PERSONAS	PERFIL REQUERIDO	FORMACION ACADEMICA	ACREDITACION	DEDICACION
---------------------	------------------	---------------------	--------------	------------

1	Arquitecto o Ingeniero Civil o Forestal o Agrónomo	Título profesional en Arquitectura o Ingeniería Civil Ingeniería Forestal o Agronomía	Fotocopia del título, acta de grado o Tarjeta Profesional	Tiempo completo
2	Auxiliares destinados para la labor de medición con cinta de las zonas verdes de los parques vecinales a ser intervenidos			Tiempo completo
15	Operarios para labores de mantenimiento y poda de zonas verdes			Tiempo completo

“El proponente debe mencionar por escrito el compromiso de ejecutar el objeto del contrato con los dos auxiliares y los quince operarios.

“La presentación de operarios y del equipo mínimo no exime al contratista de la obligación de suministrar oportunamente los operarios y los equipos adicionales necesarios para cumplir con el cronograma, plazos y especificaciones del contrato.

“Parágrafo: El oferente que esté interesado en participar en el proceso de selección de contratista para más de una zona, deberá ofrecer personal distinto para su ejecución, es decir, no podrá participar en más de una invitación ofreciendo el mismo personal.

“Señor proponente, si presenta las mismas hojas de vida del Ingeniero Civil, Arquitecto, Ingeniero Forestal o Agrónomo para ejecutar actividades que exigen dedicación de tiempo completo, en más de una invitación que implica ejecución simultánea, será rechazado, de las invitaciones que no correspondan a la primera oferta presentada en tiempo (hora).

“Será responsabilidad directa del contratista el contar con todos los equipos, maquinaria y demás elementos para la ejecución de las labores contratadas.

“Señor proponente si no acredita el título de ingeniero civil, Arquitecto, Ingeniero Forestal o Agrónomo y no menciona el compromiso del restante esa oferta será rechazada.”

2.14. Adendo No. 2 de las Invitaciones Públicas Nos. 024, 025, 026, 027, 028, y 029 de 2001, a través del cual el cual el IDRD modificó y agregó algunos ítems a los términos de referencia en los siguientes términos (fls. 416-417 c17):

NUMEROS DE PERSONAS	PERFIL REQUERIDO	FORMACION ACADEMICA	ACREDITACION	DEDICACION
1	Arquitecto o Ingeniero Civil o Forestal o Agrónomo	Título profesional en Arquitectura o Ingeniería Civil Ingeniería Forestal o Agronomía	Fotocopia del título, acta de grado o Tarjeta Profesional	Tiempo completo <u>como residente de obra</u>
2	Auxiliares destinados para la labor de medición con cinta de las zonas verdes de los parques vecinales a ser intervenidos			Tiempo completo <u>solo durante la etapa de áreas de zona verde.</u>
15	Operarios para labores de mantenimiento y poda de zonas verdes			Tiempo completo

“El proponente debe mencionar por escrito el compromiso de ejecutar el objeto del contrato con el personal solicitado en la tabla anterior.

“La presentación de operarios y del equipo mínimo no exime al contratista de la obligación de suministrar oportunamente los operarios y los equipos adicionales necesarios para cumplir con el cronograma, plazos y especificaciones del contrato.

“Parágrafo: El oferente que esté interesado en participar en el proceso de selección del contratista para más de una zona deberá ofrecer personal distinto para su ejecución, es decir, no podrá participar en más de una invitación ofreciendo el mismo personal.

“Señor proponente, si presenta las mismas hojas de vida del Ingeniero Civil, Arquitecto, Ingeniero Forestal o Agrónomo para ejecutar actividades que exigen dedicación de tiempo completo, en más de una invitación que implica ejecución simultánea, será rechazado, de las invitaciones que no correspondan a la primera oferta presentada en tiempo (hora).

“Será responsabilidad directa del contratista el contar con todos los equipos, maquinaria y demás elementos para la ejecución de las labores contratadas.

“Señor proponente si no acredita el título de ingeniero civil, Arquitecto, Ingeniero Forestal o Agrónomo y no menciona el compromiso del restante esa oferta será rechazada.”

“6.1. EXPERIENCIA

“El oferente debe acreditar mediante certificaciones así:

“1.- Experiencia mínima requerida de dos (2) años, en el cumplimiento de labores similares al objeto de las presentes invitaciones, entendiéndose por tales la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes en espacios abiertos.

“2.- Haber ejecutado por lo menos un contrato por valor equivalente al presupuesto oficial mencionado en el numeral 1° de estos términos, convertido a S.M.L.V., según la tabla prevista en el numeral 7.1, ejecutado dentro de los últimos cuatro (4) años; contados desde la fecha de cierre, certificaciones expedidas conforme con lo solicitado en el numeral 10.5 de éste documento.

“Las certificaciones de experiencia deben ajustarse a las condiciones señaladas más adelante.

“Será calificable la experiencia que exceda de la mínima requerida.

“Señor proponente la experiencia mínima no tiene calificación alguna, pero si no la acredita su oferta será rechazada.

“10.- DOCUMENTOS DE LA PROPUESTA

“El proponente deberá presentar la siguiente documentación junto con su propuesta:

- Carta de presentación de la oferta debidamente firmada.
- Garantía de seriedad de la oferta.
- Certificado de existencia y representación legal (para personas jurídicas) y autorización de órgano directivo correspondiente si se quiere.
- Documento que faculte al representante legal a presentar propuesta y/o suscribir contrato, en los casos que se requiera.
- Certificado Registro Mercantil (Para personas naturales comerciantes) documento de constitución de consorcio o Unión Temporal con las formalidades de ley.
- Fotocopia del NIT.
- Certificaciones de experiencia del proponente.
- Cuadro resumen de experiencia.
- Propuesta técnica.
- Propuesta económica.
- Formato sobre información tributario debidamente diligenciado.
- Cuadro de análisis de precios unitarios (según el caso)
- Cuadro Resumen de valores.
- Tarjeta Profesional de Arquitecto, Ingeniero Civil, Agrónomo o Ingeniero Forestal.
- Hoja de Vida del personal profesional propuesto.
- Carta de compromiso de dedicación completa para la ejecución de las obras del profesional propuesta.”

2.15. Propuesta presentada por el Consorcio CONDIVAL – EJM dentro de la invitación pública No. 024 de 2001(fl. 685-746 c12).

2.16. Formulario No. 5 correspondiente al cuadro de resumen de valores de la propuesta presentada por el Consorcio CONDIVAL dentro de la invitación pública No. 24 de 2001 (fl. 684 c12 y 686 c19).

DESCRIPCION	CANTIDAD	VALOR UNITARIO (\$)	VALOR TOTAL (\$)
<i>Poda de césped y mantenimiento de zonas verdes en los parques vecinales</i>	2.750.000,00	\$37,21	\$102'327.500,00
<i>Localidad de Usme (5), Bosa (07) y Ciudad Bolívar (19) de la denominada Zona seis (6)</i>			
VALOR TOTAL DE LA PROPUESTA			\$102'327.500,00

A.I.U. INCLUIDO EN EL UNITARIO (EN %)

34,69%

VALOR TOTAL A.I.U. EN \$ YA INCLUIDO EN EL VALOR TOTAL DE LA OFERTA

\$35'497.409,75

NOTA: LA CANTIDAD DCE M2 UTILIZADA PARA ESTE CUADRO RESULTA DE DIVIDIR EL PRESUPUESTO OFICIAL \$110'000.000 ENTRE \$40 (PRECIO UNITARIO OFICIAL)

ANALISIS DE PRECIOS UNITARIOS

Item: Poda de césped y mantenimiento de zonas verdes en los parques vecinales de la localidad de *Usme (5), Bosa (07) y Ciudad Bolívar (19) de la denominada Zona seis (6)*

Und: M2

MATERIALES	UN	CANTIDAD	V/. UNITARIO	V/.TOTAL
Herbicida	Galón	0,0000033	\$150.000,00	\$0,50
Bolsas Plásticas	Unid.	0,0005556	\$450,00	\$0,25
Cinta de seguridad, malla y vallas	Global	0,000004	\$250.000,00	\$1,00
				-
				-
TOTAL MATERIALES				\$1,75

HERRAMIENTO Y EQUIPO	TARIFA HORARIO	RENDIMIENTO	V/.TOTAL
100% del equipo exigido según página # 9 del pliego de condiciones	\$15.625,00	0,000192	\$3,00
Volqueta para aseo. Capacidad 1 Tonelada	\$12.000,00	0,000360	\$4,32
			-
TOTAL HERRAMIENTO Y EQUIPO PRELIMINAR			\$7,32

MANO DE	JORNAL	RENDIMIENTO	V/. TOTAL
---------	--------	-------------	-----------

OBRA				
Auxiliares de recolección y varios	1	14000	0,00058	\$8,12
Operarios para corte	1	18000	0,00058	\$10,44
				-
TOTAL MANO DE OBRA				\$18,56

SUBTOTAL DE COSTOS DIRECTOS

\$27,63

COSTOS INDIRECTOS			V/.TOTAL
A.I.U.		34,69%	\$9,58
			-
			-
TOTAL COSTOS INDIRECTOS			\$9,58

VALOR UNITARIO TOTAL

\$37,21

2.17. Propuesta presentada por el Consorcio CONDIVAL – E.J.M., dentro de la invitación pública No. 025 (fl. 306-363 c10).

2.18. Formulario No. 5 correspondiente al cuadro de resumen de valores de la propuesta presentada por el Consorcio CONDIVAL - E.J.M., dentro de la invitación pública No. 25 de 2001 (fl.306-307 C18).

DESCRIPCION	CANTIDAD	VALOR UNITARIO (\$)	VALOR TOTAL (\$)
<i>Poda de césped y mantenimiento de zonas verdes en los parques vecinales</i>	2.750.000,00	\$37,58	\$103'345.000,00
<i>Localidad de Usme (5), Bosa (07) y Ciudad Bolívar (19) de la</i>			

denominada Zona seis (6)			
VALOR TOTAL DE LA PROPUESTA			\$103'345.000,00

A.I.U. INCLUIDO EN EL UNITARIO (EN %) 34,69%
VALOR TOTAL A.I.U. EN \$ YA INCLUIDO EN EL VALOR TOTAL DE LA OFERTA

\$35'850.380,50

NOTA: LA CANTIDAD DCE M2 UTILIZADA PARA ESTE CUADRO RESULTA DE DIVIDIR EL PRESUPUESTO OFICIAL \$110'000.000 ENTRE \$40 (PRECIO UNITARIO OFICIAL)

ANALISIS DE PRECIOS UNITARIOS

Item: Poda de césped y mantenimiento de zonas verdes en los parques vecinales de la localidad de *Suba (11), Barrios Unidos (12) y Fontibón (09) de la denominada zona tres (3.)*

Und: M2

MATERIALES	UN	CANTIDAD	V/. UNITARIO	V/.TOTAL
Herbicida	Galón	0,0000033	\$150.000,00	\$0,50
Bolsas Plásticas	Unid.	0,0005556	\$450,00	\$0,25
Cinta de seguridad, malla y vallas	Global	0,000004	\$250.000,00	\$1,00
				-
				-
TOTAL MATERIALES				\$1,75

HERRAMIENTO Y EQUIPO	TARIFA HORARIO	RENDIMIENTO	V/.TOTAL
100% del equipo exigido según página # 9 del pliego de condiciones	\$15.625,00	0,000192	\$3,00
Volqueta para aseo. Capacidad 1 Tonelada	\$12.000,00	0,000383	\$4,59
			-

TOTAL HERRAMIENTO Y EQUIPO PRELIMINAR			\$7,59
---------------------------------------	--	--	--------

MANO DE OBRA		JORNAL	RENDIMIENTO	V/. TOTAL
Auxiliares de recolección y varios	1	14000	0,00058	\$8,12
Operarios para corte	1	18000	0,00058	\$10,44
				-
TOTAL MANO DE OBRA				\$18,56

SUBTOTAL DE COSTOS DIRECTOS \$27,90

COSTOS INDIRECTOS			V/. TOTAL
A.I.U.		34,69%	\$9,68
			-
			-
TOTAL COSTOS INDIRECTOS			\$9,68

VALOR UNITARIO TOTAL \$37,58

2.19. Formulario No. 5 correspondiente al cuadro de resumen de valores de la propuesta presentada por el Consorcio CONDIVAL dentro de la invitación pública No. 26 de 2001 (fl. 666-667 c22).

DESCRIPCION	CANTIDAD	VALOR UNITARIO (\$)	VALOR TOTAL (\$)
<i>Poda de césped y mantenimiento de zonas verdes en los parques vecinales</i>	2.750.000,00	\$37,39	\$102'822.500,00
<i>Localidad de Usme (5), Bosa</i>			

(07) y Ciudad Bolívar (19) de la denominada Zona seis (6)			
VALOR TOTAL DE LA PROPUESTA			\$102'822.500,00

A.I.U. INCLUIDO EN EL UNITARIO (EN %)

34,69%

VALOR TOTAL A.I.U. EN \$ YA INCLUIDO EN EL VALOR TOTAL DE LA OFERTA

\$35'669.125,25

NOTA: LA CANTIDAD DCE M2 UTILIZADA PARA ESTE CUADRO RESULTA DE DIVIDIR EL PRESUPUESTO OFICIAL \$110'000.000 ENTRE \$40 (PRECIO UNITARIO OFICIAL)

ANALISIS DE PRECIOS UNITARIOS

Item: Poda de césped y mantenimiento de zonas verdes en los parques vecinales de la localidad de Engativá (10), Puente Aranda (16) y Kennedy (08) de la denominada Zona cuatro (4).

UNd: M2

MATERIALES	UN	CANTIDAD	V/. UNITARIO	V/.TOTAL
Herbicida	Galón	0,0000033	\$150.000,00	\$0,50
Bolsas Plásticas	Unid.	0,0005556	\$450,00	\$0,25
Cinta de seguridad, malla y vallas	Global	0,000004	\$250.000,00	\$1,00
				-
				-
TOTAL MATERIALES				\$1,75

HERRAMIENTO Y EQUIPO	TARIFA HORARIO	RENDIMIENTO	V/.TOTAL
100% del equipo exigido según página # 9 del pliego de condiciones	\$15.625,00	0,000192	\$3,00
Volqueta para aseo. Capacidad 1 Tonelada	\$12.000,00	0,000374	\$4,45

			-
TOTAL HERRAMIENTO Y EQUIPO PRELIMINAR			\$7,45

MANO DE OBRA		JORNAL	RENDIMIENTO	V/. TOTAL
Auxiliares de recolección y varios	1	14000	0,00058	\$8,12
Operarios para corte	1	18000	0,00058	\$10,44
				-
TOTAL MANO DE OBRA				\$18,56

SUBTOTAL DE COSTOS DIRECTOS

\$27,76

COSTOS INDIRECTOS			V/.TOTAL
A.I.U.		34,69%	\$9,63
			-
			-
TOTAL COSTOS INDIRECTOS			\$9,63

VALOR UNITARIO TOTAL

\$37,39

2.20. Propuesta presentada por el Consorcio Condival – E.J.M dentro de la invitación pública No. 028 de 2001 (fls.673-727 c21)

-. Análisis de precios unitarios correspondientes a la propuesta presentada por el Consorcio Condival – E.J.M., dentro de la invitación pública No. 028 de 2001 (fl. 673 c21):

ANALISIS DE PRECIOS UNITARIOS

Item: Poda de césped y mantenimiento de zonas verdes en los parques vecinales de la localidad de Antonio Nariño (15), Rafael Uribe Uribe (18) y Tunjuelito (06) de la denominada Zona cinco (5)

UNd: M2

MATERIALES	UN	CANTIDAD	V/. UNITARIO	V/.TOTAL
Herbicida	Galón	0,0000033	\$150.000,00	\$0,50
Bolsas Plásticas	Unid.	0,0005556	\$450,00	\$0,25
Cinta de seguridad, malla y vallas	Global	0,000004	\$250.000,00	\$1,00
				-
				-
TOTAL MATERIALES				\$1,75

HERRAMIENTO Y EQUIPO	TARIFA HORARIO	RENDIMIENTO	V/.TOTAL
100% del equipo exigido según página # 9 del pliego de condiciones	\$15.625,00	0,000192	\$3,00
Volqueta para aseo. Capacidad 1 Tonelada	\$12.000,00	0,000373	\$4,48
			-
TOTAL HERRAMIENTO Y EQUIPO PRELIMINAR			\$7,48

MANO DE OBRA		JORNAL	RENDIMIENTO	V/. TOTAL
Auxiliares de recolección y varios	1	14000	0,00058	\$8,12
Operarios para corte	1	18000	0,00058	\$10,44
				-
TOTAL MANO DE OBRA				\$18,56

SUBTOTAL DE COSTOS DIRECTOS

\$27,79

COSTOS INDIRECTOS			V/.TOTAL
A.I.U.		34,69%	\$9,64
			-
			-
TOTAL COSTOS INDIRECTOS			\$9,64

VALOR UNITARIO TOTAL \$37,42

2.21. Propuesta presentada por el Consorcio Condival – E.J.M., dentro de la invitación pública No. 029/01(fl.s.789-841 c7).

2.22. Formulario No. 5 correspondiente al cuadro de resumen de valores de la propuesta presentada por el Consorcio Condival – E.J.M., dentro de la invitación pública No. 29 de 2001 (fl. 790 c7).

DESCRIPCION	CANTIDAD	VALOR UNITARIO (\$)	VALOR TOTAL (\$)
<i>Poda de césped y mantenimiento de zonas verdes en los parques vecinales</i>	2.750.000,00	\$36,79	\$101.172.500,00
<i>Localidad de Usme (5), Bosa (07) y Ciudad Bolívar (19) de la denominada Zona seis (6)</i>			
VALOR TOTAL DE LA PROPUESTA			\$101'172.500,00

A.I.U. INCLUIDO EN EL UNITARIO (EN %) 34,69%
 VALOR TOTAL A.I.U. EN \$ YA INCLUIDO EN EL VALOR TOTAL DE LA OFERTA
 \$35'096.740,25

NOTA: LA CANTIDAD DCE M2 UTILIZADA PARA ESTE CUADRO RESULTA DE DIVIDIR EL PRESUPUESTO OFICIAL \$110'000.000 ENTRE \$40 (PRECIO UNITARIO OFICIAL)

ANALISIS DE PRECIOS UNITARIOS

Item: Poda de césped y mantenimiento de zonas verdes en los parques vecinales de la localidad de Usaquén (01), Chapinero (02) y Teusaquillo (13) de la denominada Zona Uno (1).

UNd: M2

MATERIALES	UN	CANTIDAD	V/. UNITARIO	V/.TOTAL
Herbicida	Galón	0,0000033	\$150.000,00	\$0,50
Bolsas Plásticas	Unid.	0,0005556	\$450,00	\$0,25
Cinta de seguridad, malla y vallas	Global	0,000004	\$250.000,00	\$1,00
				-
				-
TOTAL MATERIALES				\$1,75

HERRAMIENTO Y EQUIPO	TARIFA HORARIO	RENDIMIENTO	V/.TOTAL
100% del equipo exigido según página # 9 del pliego de condiciones	\$15.625,00	0,000192	\$3,00
Volqueta para aseo. Capacidad 1 Tonelada	\$12.000,00	0,000334	\$4,01
			-
TOTAL HERRAMIENTO Y EQUIPO PRELIMINAR			\$7,01

MANO DE OBRA		JORNAL	RENDIMIENTO	V/. TOTAL
Auxiliares de recolección y varios	1	14000	0,00058	\$8,12
Operarios para corte	1	18000	0,00058	\$10,44
				-
TOTAL MANO DE OBRA				\$18,56

OBRA				
------	--	--	--	--

SUBTOTAL DE COSTOS DIRECTOS \$27,32

COSTOS INDIRECTOS			V/.TOTAL
A.I.U.		34,69%	\$9,48
			-
			-
TOTAL COSTOS INDIRECTOS			\$9,48

VALOR UNITARIO TOTAL \$36,79

2.23. Documento mediante el cual se dió respuesta a las observaciones presentadas por los proponentes frente a las evaluaciones (fls. 636-642 c12).

2.24. Contrato de obra No. 288 del 27 de septiembre de 2001, celebrado entre el IDRD y el CONSORCIO CONDIVAL – E.J.M., producto de la invitación pública No. 29 de 2001. Las obligaciones establecidas a cargo del contratista fueron las mismas consignadas en los términos de referencia, al igual que el plazo acordado para su ejecución (fl. 862 c7).

El objeto se acordó en los siguientes términos:

“PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO. En desarrollo del presente contrato el CONTRATISTA se obliga a ejecute (sic) por el sistema de precios unitarios, por metro cuadrado sin fórmula de reajuste la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes para los parques vecinales de las localidades Usaquén (01), Chapinero (02) y Teusaquillo (13) de la denominada zona uno (1) de acuerdo con las actividades, frecuencia y procedimientos y demás condiciones previstas en los presentes términos de referencia. PARAGRAFO: Para todos los efectos del presente contrato, hacen parte integral del mismo los términos de referencia y la propuesta presentada por el contratista”.

En la cláusula correspondiente al valor del contrato se estipuló:

“CUARTA: VALOR DEL CONTRATO: Para todos los efectos legales y fiscales el valor del presente contrato es hasta la suma de CIENTO DIEZ MILLONES DE PESOS M/L (\$110'000.000,00) incluidos los gastos en que deba incurrir el contratista para la ejecución del mismo y los impuestos a razón de \$36,79 valor unitario del metro cuadrado, de conformidad con lo establecido en la propuesta. PARAGRAFO: El contratista se obliga a mantener los precios establecidos en esta cláusula durante el plazo del contrato.”

2.25. Acta de inicio suscrita el 1 de noviembre de 2001 del contrato No. 288/01; en dicho documento se hizo constar que el valor del contrato era de \$110'000.000.00 - \$36,79/m² (fl. 893 c7).

2.26. Primer otrosí al contrato de obra No. 288 suscrito el 10 de diciembre de 2001 a través del cual se modificó la cláusula sexta del contrato No. 288, para en su lugar estipular (fl. 896 c25):

“CLAUSULA SEXTA: PLAZO: El plazo de ejecución será de seis (6) meses o hasta agotar la reserva presupuestal contados a partir de la suscripción del acta de iniciación del contrato, esto es, a partir del 1 de noviembre de 2001, previo cumplimiento de perfeccionamiento y ejecución del contrato”.

2.27. Otrosí y prórroga No. 1 al Contrato de Obra No. 288 de 2001, de conformidad con la cual se acordó (fl.903 c25).:

“CLAUSULA PRIMERA: Modificar la Cláusula sexta del contrato de obra pública No. 288 de 2001, la cual quedará así: El plazo de ejecución de este contrato es de SEIS MESES Y MEDIO 6 ½ contados a partir de la suscripción del acta de inicio del mismo, la cual deberá ser firmada dentro de los cinco (5) días siguientes al cumplimiento de los requisitos de su perfeccionamiento y ejecución. CLAUSULA SEGUNDA: Prorrogar el plazo del contrato de obra pública No. 288 del 2001 por el término de dos (2) meses más contados a partir del vencimiento del plazo establecido en la cláusula primera de dicho documento. PARAGRAFO: La presente cláusula no causa ningún desequilibrio financiero al contrato...”.

2.28. Adición No. 1 al contrato de obra No. 288 de 2001, realizada el 24 de junio de 2002, mediante la cual se incrementó el valor en la suma de CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4'000.000); lo anterior se justificó en *“la necesidad de continuar con las labores de mantenimiento de la poda de las zonas verdes de los parques vecinales cumpliendo con la adecuada sostenibilidad de los parques, de acuerdo a los objetivos del plan de ordenamiento territorial (Decreto 0619 de 2000) de garantizar la sostenibilidad y uso adecuado de los bienes de uso público y de las áreas de recreación, zonas verdes y parques en la ciudad y dando cumplimiento al decreto 759 expedido por la Alcaldía Mayor de Bogotá, mediante*

el cual le asigna al instituto la función de realizar las actividades de mantenimiento rehabilitación, reparación y reconstrucción de parques” (fls.918-919 C25).

2.29. Contrato de obra No. 289 de 2001, del 27 de septiembre de 2001, celebrado entre el IDR D y el CONSORCIO CONDIVAL – E.J.M., como resultado de la invitación pública No. 026/01, cuyo objeto lo constituyó (fls. 844-851 c 22):

“... ejecute (sic) por el sistema de precios unitarios, por metro cuadrado sin fórmula de reajuste la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes para los parques vecinales de las localidades de Engativa (10), Puente Aranda (16) y Kennedy (8) de Bogotá que conforman la zona cuatro (4), de acuerdo con las actividades, frecuencia y procedimientos y demás condiciones previstas en los presentes términos de referencia. PARAGRAFO: Para todos los efectos del presente contrato, hacen parte integral del mismo los términos de referencia y la propuesta presentada por el contratista”.

Las obligaciones del contratista se establecieron en iguales términos a los plasmados en los términos de referencia de la invitación No. 024/01.

En la cláusula correspondiente al valor del contrato se estipuló:

“CUARTA: VALOR DEL CONTRATO: Para todos los efectos legales y fiscales el valor del presente contrato es hasta la suma de CIENTO DIEZ MILLONES DE PESOS M/L (\$110'000.000,00) incluidos los gastos en que deba incurrir el contratista para la ejecución del mismo y los impuestos a razón de \$37,39 valor unitario del metro cuadrado, de conformidad con lo establecido en la propuesta. PARAGRAFO: El contratista se obliga a mantener los precios establecidos en esta cláusula durante el plazo del contrato.”

2.30. Primer otrosí al contrato de obra No. 289 suscrito el 10 de diciembre de 2001 a través del cual se modificó la cláusula sexta del contrato No. 289, para en su lugar estipular (fl. 876 c 14):

“CLAUSULA SEXTA: PLAZO: El plazo de ejecución será de seis (6) meses o hasta agotar la reserva presupuestal contados a partir de la suscripción del acta de iniciación del contrato, esto es, a partir del 1 de noviembre de 2001, previo cumplimiento de perfeccionamiento y ejecución del contrato”.

2.31. Acta de inicio, suscrita el 1 de noviembre de 2001, del contrato No. 289/01; en el contenido del acta figura el valor del contrato en la suma de \$110'000.000.00 - \$37,39/m² (fl. 875 c14.)

2.32. Contrato de obra pública No. 290 de 2001 del 27 de septiembre de 2001, celebrado entre el IDR y el CONSORCIO CONDIVAL – EJM como resultado de la invitación pública No. 024/01, cuyo objeto lo constituyó (fls.747-754 c12):

“... ejecute (sic) por el sistema de precios unitarios, por metro cuadrado sin fórmula de reajuste la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes para los parques vecinales de las localidades de Usme (5), Bosa (07) y Ciudad Bolívar (19) de la denominada zona (6) de acuerdo con las actividades, frecuencia y procedimientos y demás condiciones previstas en los presentes términos de referencia. PARAGRAFO: Para todos los efectos del presente contrato, hacen parte integral del mismo los términos de referencia y la propuesta presentada por el contratista”.

Las obligaciones del contratista se establecieron en iguales términos a los plasmados en los términos de referencia de la invitación No. 024/01.

En la cláusula correspondiente al valor del contrato se estipuló:

“CUARTA: VALOR DEL CONTRATO: Para todos los efectos legales y fiscales el valor del presente contrato es hasta la suma de CIENTO DIEZ MILLONES DE PESOS M/L (\$110'000.000,00) incluidos los gastos en que deba incurrir el contratista para la ejecución del mismo y los impuestos a razón de \$37,21 valor unitario del metro cuadrado, de conformidad con lo establecido en la propuesta. PARAGRAFO: El contratista se obliga a mantener los precios establecidos en esta cláusula durante el plazo del contrato.”

2.33. Acta de inicio, suscrita el 1 de noviembre de 2001, del contrato No. 290/01; en el contenido del acta figura el valor del contrato en la suma de \$110'000.000.00 - \$37,21/m² (fl. 778 c9).

2.34. Primer otrosí al contrato de obra No. 290 suscrito el 10 de diciembre de 2001, a través del cual se modificó la cláusula sexta del contrato No. 290, para en su lugar estipular (fl. 784 c 12):

“CLAUSULA SEXTA: PLAZO: El plazo de ejecución será de seis (6) meses o hasta agotar la reserva presupuestal contados a partir de la suscripción del acta de iniciación del contrato, esto es, a partir del 1 de noviembre de 2001, previo cumplimiento de perfeccionamiento y ejecución del contrato”.

2.35. Contrato de obra pública No. 291 de 2001 del 27 de septiembre de 2001, celebrado entre el IDR y el CONSORCIO CONDIVAL – EJM como resultado de la invitación pública No. 025/01, cuyo objeto lo constituyó (fls.955-964 c9):

“... ejecute (sic) por el sistema de precios unitarios, por metro cuadrado sin fórmula de reajuste la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes para los parques vecinales de las localidades de Suba (11), Barrios Unidos (12) y Fontibón (09) de la denominada zona tres (3) de acuerdo con las actividades, frecuencia y procedimientos y demás condiciones previstas en los presentes términos de referencia. PARAGRAFO: Para todos los efectos del presente contrato, hacen parte integral del mismo los términos de referencia y la propuesta presentada por el contratista”.

De igual forma las obligaciones del contratista fueron idénticas a las plasmadas en los términos de referencia de la invitación No. 025/01.

En la cláusula correspondiente al valor del contrato se estipuló:

“CUARTA: VALOR DEL CONTRATO: Para todos los efectos legales y fiscales el valor del presente contrato es hasta la suma de CIENTO DIEZ MILLONES DE PESOS M/L (\$110'000.000,00) incluidos los gastos en que deba incurrir el contratista para la ejecución del mismo y los impuestos a razón de \$37,58 valor unitario del metro cuadrado, de conformidad con lo establecido en la propuesta. PARAGRAFO: El contratista se obliga a mantener los precios establecidos en esta cláusula durante el plazo del contrato.”

2.36. Acta de inicio, suscrita el 1 de noviembre de 2001, del contrato No. 291/01; en el contenido del acta figura que el que el valor del contrato era de \$110'000.000.00 - \$37,58/m² (fl. 980 c9)

2.37. Adición No. 1 al contrato de obra No. 291 de 2001, realizada el 24 de junio de 2002, mediante la cual se incrementó el valor en la suma de CUATRO MILLONES DE PESOS (\$4'000.000), lo anterior se justificó en *“la necesidad de continuar con las labores de mantenimiento de la poda de las zonas verdes de los parques vecinales cumpliendo con la adecuada sostenibilidad de los parques, de acuerdo a los objetivos del plan de ordenamiento territorial (Decreto 0619 de 2000) de garantizar la sostenibilidad y uso adecuado de los bienes de uso público y de las áreas de recreación, zonas verdes y parques en la ciudad y dando cumplimiento al decreto 759 expedido por la Alcaldía Mayor de Bogotá, mediante el cual le asigna al instituto la función de realizar las actividades de mantenimiento rehabilitación, reparación y reconstrucción de parques”* (fls. 1007-1008 C16).

2.38. Primer otrosí al contrato de obra No. 291 suscrito el 10 de diciembre de 2001, a través del cual se modificó la cláusula sexta del contrato No. 291, para en su lugar estipular (fl. 986 c 16):

“CLAUSULA SEXTA: PLAZO: El plazo de ejecución será de seis (6) meses o hasta agotar la reserva presupuestal contados a partir de la suscripción del acta de iniciación del contrato, esto es, a partir del 1 de noviembre de 2001, previo cumplimiento de perfeccionamiento y ejecución del contrato”.

2.39. Otrosí y prórroga No. 1 al Contrato de Obra No. 291 de 2001, de conformidad con la cual se acordó (fl.992 c16):

“CLAUSULA PRIMERA: Modificar la Cláusula sexta del contrato de obra pública No. 291 de 2001, la cual quedará así: El plazo de ejecución de este contrato es de SEIS MESES Y MEDIO 6 ½ contados a partir de la suscripción del acta de inicio del mismo, la cual deberá ser firmada dentro de los cinco (5) días siguientes al cumplimiento de los requisitos de su perfeccionamiento y ejecución. CLAUSULA SEGUNDA: Prorrogar el plazo del contrato de obra pública No. 291 del 2001 por el término de dos (2) meses más contados a partir de vencimiento del plazo establecido en la cláusula primera de dicho documento. PARAGRAFO: La presente cláusula no causa ningún desequilibrio financiero al contrato...”.

2.40. Contrato de obra No. 292 suscrito entre el IDRD y el CONSORCIO CONDIVAL – EJM como resultado de la invitación pública No. 028/01, cuyo objeto lo constituyó (fls. 764-773 c21):

“... ejecute (sic) por el sistema de precios unitarios, por metro cuadrado sin fórmula de reajuste la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes para los parques vecinales de las localidades de Antonio Nariño (15). Rafael Uribe (18) y Tunjuelito (06) de la denominada zona 5 de acuerdo con las actividades, frecuencia y procedimientos y demás condiciones previstas en los presentes términos de referencia. PARAGRAFO: Para todos los efectos del presente contrato, hacen parte integral del mismo los términos de referencia y la propuesta presentada por el contratista”.

De igual forma las obligaciones del contratista fueron transcritas de aquellas establecidas en los términos de referencia de la invitación No. 028/01

En la cláusula correspondiente al valor del contrato se estipuló:

“CUARTA: VALOR DEL CONTRATO: Para todos los efectos legales y fiscales el valor del presente contrato es hasta la suma de CIENTO DIEZ MILLONES DE PESOS M/L (\$110'000.000,00) incluidos los gastos en que deba incurrir el contratista para la ejecución del mismo y los impuestos a razón de \$37,58 valor unitario del metro cuadrado, de conformidad con lo establecido en la propuesta. PARAGRAFO: El contratista se obliga a mantener los precios establecidos en esta cláusula durante el plazo del contrato.”

2.41. Acta de inicio, suscrita el 1 de noviembre de 2001, del contrato No. 292/01; en el contenido del acta figura el valor del contrato en la suma de \$110'000.000.00 - \$37,42/m2 (fl. 794 c10).

2.42. Primer otrosí al contrato de obra No. 292 suscrito el 10 de diciembre de 2001, a través del cual se modificó la cláusula sexta del contrato No. 292, para en su lugar estipular (fl. 805 c 10):

“CLAUSULA SEXTA: PLAZO: El plazo de ejecución será de seis (6) meses o hasta agotar la reserva presupuestal contados a partir de la suscripción del acta de iniciación del contrato, esto es, a partir del 1 de noviembre de 2001, previo cumplimiento de perfeccionamiento y ejecución del contrato”.

2.43. Mediante escrito del 31 de octubre de 2001 el Consorcio contratista le informó a la Directora del IDRDR que darían inicio a la actividades contratadas correspondientes al objeto de los contratos Nos. 288, 289, 290, 291, 292, no obstante no estar de acuerdo con la modalidad de pago planteada por el IDRDR luego de suscribir los contratos (fls. 983 c8):

“Atendiendo nuestras obligaciones como contratistas del Estado manifestamos a ustedes que daremos inicio inmediato a los contratos de la referencia, no obstante no estar de acuerdo con la modalidad de pago aducida por el IDRDR en la fecha de reunión preliminar a la ejecución de los mismos, por tanto nos reservamos el derecho de reclamar por modificación unilateral de las condiciones de los contratos o por un eventual desequilibrio financiero en la ejecución de los mismos.

“Es para nosotros absolutamente claro, que la modalidad de pago ofrecida por el Instituto obedece a la medición total del parque incluyendo las zonas duras por metro cuadrado de Parque y no por metro cuadrado de Zona verde únicamente, tal como se aprecia de la comunicación enviada por la entidad a todos los proponentes, antes del cierre de las invitaciones públicas respectivas fechada 7 de octubre ...”.

2.44. La Directora General del IDRDR contestó la anterior comunicación a través del oficio No. 032340 del 19 de noviembre de 200, en el cual sostuvo (fl 981-982 c8):

“En atención a su comunicación del asunto relacionado con el desacuerdo por parte de ustedes sobre la modalidad de pago de los contratos de Obra Pública Nos. 288, 289, 290, 291 y 292 del 2001, respectivamente, así como la manifestación de reservarse el derecho a reclamar por modificación unilateral de las condiciones de los contratos o por un eventual desequilibrio financiero en la ejecución de los mismos; nos permitimos nuevamente manifestarle que no comparte el Instituto dichas apreciaciones, toda vez que en los procesos adelantados por el Instituto con el objeto de seleccionar en igualdad de condiciones la ejecución por el sistema de

precios unitarios fijos por metro cuadrado sin fórmula de reajuste, la poda de césped y el mantenimiento de zonas verdes para los parques vecinales de diferentes localidades, de acuerdo con las actividades, frecuencia, procedimiento, y demás condiciones establecidas en los términos de referencia, si bien es cierto como lo manifestó en su comunicación se presentaron solicitudes de aclaraciones, las cuales fueron atendidas y enviadas en copia a todos los interesados, teniendo en cuenta el objeto específico de las invitaciones.

Así las cosas, los contratistas no pueden realizar interpretaciones a priori, toda vez que en ningún momento dicha respuesta modificó los términos de la invitación, los cuales son ley para las partes, tanto es así, que si la voluntad hubiese sido modificar este aspecto de los términos de referencia se hubiere hecho por adendo, y lo que se emitió fue una respuesta a una inquietud en la que lo que se hizo fue dar claridad, por cuanto es de sana lógica entender que el área total del parque a que se hacía mención, es la que se puede por metro cuadrado.

Debe tenerse en cuenta además, que el objeto de los contratos suscritos entre las partes es: "... Ejecutar por el sistema de precios unitarios fijos, por metro cuadrado, sin fórmula de reajuste la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes de los parques..." de conformidad con lo establecido en los términos de referencia y las obligaciones de los contratos suscritos, por lo anterior el Instituto pagará por número de metros cuadrados podados, atendiendo así el espíritu del objeto de los contratos adjudicados, en concordancia con los términos de las invitaciones, documentos estos que hacen parte integral de cada uno de los contratos suscritos.

"De otra parte, es de recordar que el contrato es un acto jurídico generador de obligaciones, una vez se ha suscrito entre las partes, por contener el acuerdo de voluntades de los contratantes.

"Por lo tanto y en concordancia con el artículo 5 de la Ley 80/93, es deber del contratista obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse.

"De acuerdo a su solicitud relacionada con el acta de reunión celebrada el día 24 de octubre de 2001, en la Secretaría General del Instituto me permito informarle que lo allí tratado no fue objeto de acta alguna. La finalidad de la misma fue la de permitir que las partes (Instituto – Consorcio Condival E.J.M.) expresaran sus inquietudes sobre la forma de pago que desde los términos de referencia y en consecuencia en los contratos suscritos fue establecida por el Instituto, toda vez que ustedes, manifestaron haber interpretado la forma de pago mencionada, con un criterio distinto al verdadero espíritu del contrato, a su objeto y naturaleza.

"De ahí que se concluyera en esa oportunidad que si bien el Instituto revisaría y analizaría nuevamente la interpretación por ustedes planteada, a todas luces ha sido claro para esta entidad que la forma de pago es la establecida desde los términos de referencia."

2.45. Acta de recibo de trabajos de poda No. 1 del 30 de enero de 2002, suscrita dentro del contrato 288/01 por el Supervisor y el contratista, por un valor de \$32'934.346,19. Se adjunta factura No. 18 presentada por el consorcio (fl. 931-932 c7).

2.46. Acta de obra ejecutada No. 2 zona 1 suscrita por el representante legal del consorcio y el supervisor del contrato, a razón de 986.793,64 M2 de zona verde (9814-985 c25).

2.47. Acta de recibo de trabajos de poda No. 2 del 22 de febrero de 2002 suscrita dentro del contrato 288/01 por el supervisor y el contratista, por un valor de \$38'793.655,51. Se adjunta factura No. 26 presentada por el consorcio (fl. 986-987 c7).

2.48. Acta de obra ejecutada No. 3 zona 1 suscrita por el representante legal del consorcio y la supervisora del contrato, a razón de 1.028.864,34 M2 de zona verde (952-953 c25).

2.49. Acta de recibo de trabajos de poda No. 3 del 10 de abril de 2002 suscrita dentro del contrato 288/01 por el supervisor y el contratista, por un valor de \$37'851.919,07. Se adjunta factura No. 30 presentada por el consorcio (fl. 951, 957c7).

2.50. Acta de obra ejecutada No. 4 zona 1 suscrita por el representante legal del consorcio contratista y el supervisor del contrato, a razón de 11.418.30 M2 de zona verde (fls. 991 c7).

2.51. Acta de recibo de trabajos de poda No. 4 del 4 de junio de 2002 suscrita dentro del contrato 288/01 por el supervisor y el contratista, por un valor de \$420.079,23. Se adjunta factura No. 38 presentada por el consorcio y su respectivo comprobante de egreso No. 51954992-993 y 995 (fl. 996, 998-999 c7).

2.52. Acta de recibo de trabajos de poda de contrato adicional del contrato No. 288/01 suscrita el 8 de agosto de 2002 por el supervisor y el contratista, por un valor de \$4'000.000. Se adjunta factura No. 47 presentada por el consorcio y su respectivo comprobante de egreso No. 52293 (fl. 996, 998-999 c7).

2.53. Informe de actividades ejecutadas dentro del contrato No. 288 de 2001 presentado por el Consorcio Condival – EJM, al cual adjuntó soporte del pago de parafiscales (fls. 957-985, 959-985 c7)

2.54. Acta de recibo de trabajos de poda No. 1 del 21 de enero de 2002 suscrita dentro del contrato No. 289 de 2001 por el supervisor y el contratista, por un valor de \$24'943.467. Se adjunta factura No. 16 presentada por el consorcio y su respectivo comprobante de egreso (fl. 879-880, 877 c14).

2.55. Acta de obra ejecutada No. 2 zona 4 suscrita por el representante legal del consorcio contratista y el supervisor del contrato, a razón de 700.027.60 M2 de zona verde (929-933 c22).

2.56. Acta de recibo de trabajos de poda No. 2 del 4 de marzo de 2002 suscrita dentro del contrato No. 289 de 2001 por el supervisor y el contratista, por un valor de \$27'464.099.13. Se adjunta factura No. 28 presentada por el consorcio y su respectivo comprobante de egreso (fl. 909-910 c122).

2.57. Comprobante de egreso No. 51007 por valor de \$27'464.099,13 por concepto de valor a pagar dentro de Acta de recibo de trabajos de poda No. 2, expedida dentro del contrato No. 289/01 (fl. 878 c14).

2.58. Acta de obra ejecutada No. 3 zona 4 suscrita por el representante legal del consorcio contratista y el supervisor del contrato, a razón de 691.761.60 M2 de zona verde (929-933 c22).

2.59. Acta de recibo de trabajos de poda No. 3 del 15 de abril de 2002 suscrita dentro del contrato No. 289 de 2001 por el supervisor y el contratista, por un valor de \$25'864.966,22. Se adjunta factura No. 35 presentada por el consorcio (fl. 928 y 934 c14).

2.60. Acta de obra ejecutada No. 4 zona 4 suscrita por el representante legal del consorcio contratista y el supervisor del contrato, a razón de 693.874,60 M2 de zona verde (936-939 c22).

2.61. Acta de recibo de trabajos de poda No. 4 del 7 de junio de 2002 suscrita dentro del contrato No. 289 de 2001 por el supervisor y el contratista, por un valor de \$25'866.910,50. Se adjunta factura No. 41 presentada por el consorcio y su correspondiente comprobante de egreso No. 51963 (fl. 943, 941 y 940 c14 y 943 c22).

2.62. Acta de recibo de trabajos de poda No.5 de fecha 29 de julio de 2002 suscrita dentro del contrato No. 289/01 por el supervisor del contrato y el consorcio demandante en la cual consta que el valor a pagar por los mismos corresponde a la suma de \$5'860.557,15. Este documento se acompaña de la factura No. 00947 presentada por el Consorcio y por el comprobante de egreso No. 52292 (fls.948-947, 944 c14).

2.63. Informe de actividades ejecutadas dentro del contrato No. 289/01 presentado por el Consorcio Condival – E.J.M., acompañado de comprobantes de pago de aportes parafiscales por parte del Consorcio contratista (882-922 c14 y 912-927 c22).

2.64. Acta de recibo de trabajos de poda No. 1 del 27 de diciembre de 2001 firmada por el supervisor, mediante la cual recibe las obras ejecutadas dentro del contrato No. 290 de 2001, por valor de \$17'443832.18, documento acompañado de la correspondiente factura No. 15 (fl. 787-788 c12).

2.65. Acta de obra ejecutada No. 2 zona 6 suscrita por el representante legal del consorcio contratista y el supervisor del contrato, a razón de 59.353.00 M2 de zona verde (819 c12).

2.66. Acta de recibo de trabajos de poda No. 2 de fecha 8 de febrero de 2002 suscrita dentro del contrato No. 290/01 por el supervisor del contrato y el consorcio demandante, en la cual consta que el valor a pagar por los mismos corresponde a la suma de \$2'208.525.13. Este documento se acompaña de la factura No. 0019 presentada por el Consorcio (fls. 820-821 c12).

2.67. Acta de obra ejecutada No. 3 zona 6 suscrita por el representante legal del consorcio contratista y el supervisor del contrato, a razón de 533.502.20 M2 de zona verde (812-816 c12).

2.68. Acta de recibo de trabajos de poda No. 3 de fecha 25 de febrero de 2002 suscrita dentro del contrato No. 290/01 por el supervisor del contrato y el consorcio demandante, en la cual consta que el valor a pagar por los mismos corresponde a la suma de \$19'936.269.61. Este documento se acompaña de la factura No. 0025 presentada por el Consorcio (fls. 817-818 c12).

2.69. Acta de obra ejecutada No. 4 zona 6 suscrita por el representante legal del consorcio contratista y el supervisor del contrato, a razón de 530.422,20 M2 de zona verde (835-839 c12).

2.70. Acta de recibo de trabajos de poda No. 4 de fecha 15 de abril de 2002 suscrita dentro del contrato No. 290/01 por el supervisor del contrato y el consorcio demandante en la cual consta que el valor a pagar por los mismos corresponde a la suma de \$19'737.010,06. Este documento se acompaña de la factura No. 0033 presentada por el Consorcio (fls. 834 y 839 c12).

2.71. Acta de obra ejecutada No. 5 zona 6 suscrita por el representante legal del consorcio contratista y el supervisor del contrato, a razón de 530.422,20 M2 de zona verde (885-889 c12).

2.72. Acta de recibo de trabajos de poda No. 5 de fecha 4 de junio de 2002 suscrita dentro del contrato No. 290/01 por el supervisor del contrato y el consorcio demandante en la cual consta que el valor a pagar por los mismos corresponde a la suma de \$19'737.010,06. Este documento se acompaña de la factura No. 0039 presentada por el Consorcio y su respectivo comprobante de egreso No. 51714 m (fls. 842, 890-891 c12).

2.73. Acta de obra ejecutada No. 6 zona 6 suscrita por el representante legal del consorcio contratista, a razón de 530.422,20 M2 de zona verde (924-928 c12).

2.74. Acta de recibo de trabajos de poda No. 6 del 23 de julio de 2002 firmada por el supervisor, mediante la cual recibió las obras ejecutadas dentro del contrato No. 290 de 2001, por valor de \$19'737.010,06, documento acompañado de la correspondiente factura No. 43 y del respectivo comprobante de egreso No. 51714 (fl.842, 932 y 933 c12).

2.75. Acta de obra ejecutada No. 7 zona 6 suscrita por el representante legal del consorcio contratista, a razón de 301.003,57 M2 de zona verde (906-907 c12).

2.76. Acta de recibo de trabajos de poda No. 7 del 15 de agosto de 2002 firmada por el supervisor, mediante la cual recibió las obras ejecutadas dentro del contrato No. 290 de 2001, por valor de \$11'200.342,89, documento acompañado de la correspondiente factura No. 46 (fl. 930-931 c12).

2.77. Informe de actividades ejecutadas dentro del contrato No. 290 de 2001 presentado por el Consorcio Condival – EJM, al cual adjuntó soporte del pago de parafiscales (fls. 895-923 y 790-811 c12).

2.78. Acta de recibo parcial No. 1 del 31 de enero de 2002 firmada por la supervisora, mediante la cual recibió a satisfacción las obras ejecutadas dentro del contrato No. 291 de 2001, por valor de \$16'507.742,55, documento acompañado del respectivo comprobante de egreso No. 50324 (fl.1062-1063 c8).

2.79. Acta de obra ejecutada No. 2 zona 3 suscrita por el representante legal del consorcio y la supervisora del contrato, a razón de 363.944,55 M2 de zona verde (fls.1042-1043 c16).

2.80. Acta de recibo parcial No. 2 del 11 de marzo de 2002 suscrita por la supervisora del contrato mediante la cual hizo constar el recibo a satisfacción de las labores ejecutadas dentro del contrato No. 291 de 2001 por las cuales se adeudaba la suma de \$13'677.036,19; se adjunta comprobante de egreso No. 50714 y factura No. 20 (fl.1044, 1045, 1061 y 1064 c8).

2.81. Acta de obra ejecutada No. 3 zona 3 suscrita por el representante legal del consorcio contratista y la supervisora del contrato, a razón de 797.732.97 M2 de zona verde (1049-1053 c8).

2.82. Acta de recibo parcial No. 3 del 1 de abril de 2002 por medio de la cual la supervisora del contrato recibió a satisfacción las actividades efectuadas dentro del contrato No. 291 de 2001, cuyo valor ascendió a \$30'152.161,55. A este documento se adjuntó el respectivo comprobante de egreso No. 50843 y factura No. 29 (fl. 1060, 1054, 1055, y 1065 c8).

2.83. Acta de obra ejecutada No. 3 zona 3 suscrita por el representante legal del consorcio y la supervisora del contrato, a razón de 797.732,97 M2 de zona verde (1049-1053 c16).

2.84. Acta de recibo parcial No. 4 del 1 de mayo de 2002 firmada por la supervisora, mediante la cual recibió a satisfacción las obras ejecutadas dentro del contrato No. 291 de 2001, las cuales ascendieron a la suma de \$30'155.036,42 (fl.1066 c8).

2.85. Acta de obra ejecutada No. 5 zona 3 suscrita por el representante legal del consorcio y la supervisora del contrato, a razón de 519.101,41 M2 de zona verde (1036-1037 c16).

2.86. Acta de recibo parcial No. 5 del 12 de agosto de 2002 suscrita por la supervisora del contrato por concepto de las labores adelantadas del negocio No. 291 de 2001, por la suma de \$19'507.830,99, documento al cual se adjunta el correspondiente comprobante de egreso No. 52207 y factura No. 0040 (fl. 1039, 1040, 1059 y 1067 c8).

2.87. Acta de recibo final de fecha 26 de agosto de 2002 de las actividades ejecutadas dentro del contrato No. 291 de 2001, suscrita por la supervisora del contrato, por valor de \$4'000.000,00, al cual adjuntó su respectivo comprobante de egreso No. 52294 (fl. 1058 y 1068 c8).

2.88. Informe de actividades ejecutadas dentro del contrato No. 291 de 2001 presentado por el Consorcio Condival – EJM, al cual adjuntó soporte del pago de parafiscales (fls. 1021-1035 c8)

2.89. Acta de recibo de trabajos de poda No. 1 del 27 de diciembre de 2001, suscrita por el supervisor y el contratista dentro del contrato No. 292 de 2001, en la cual consta que la suma a pagar por los trabajos recibidos mediante esa acta corresponde a \$22'232.888,69. Se acompañó de la factura No. 13 y su correspondiente comprobante de egreso No. 50274 (fls.806, 808 y 809 c10).

2.90. Acta de obra ejecutada No. 2 zona 5 suscrita por el representante legal del consorcio contratista y el supervisor del contrato, a razón de 580.144.54 M2 de zona verde (833-837 c10).

2.91. Acta de recibo de trabajos de poda No. 2 del 21 de febrero de 2002, suscrita por el supervisor y el contratista dentro del contrato No. 292 de 2001, en la cual consta que la suma a pagar por los trabajos recibidos mediante la presente acta corresponde a \$21'709.008,69, con su respectivo comprobante de egreso No. 50706. (fls. 838 c10 y 807 c21).

2.92. Acta de obra ejecutada No. 3 zona 5 suscrita por el representante legal del consorcio contratista y el supervisor del contrato, a razón de 580.144,54 M2 de zona verde (fls.858-862 c12).

2.93. Acta de recibo de trabajos de poda No. 3 del 10 de abril de 2002, suscrita por el supervisor y el contratista dentro del contrato No. 292 de 2001, en la cual consta que la suma a pagar por los trabajos recibidos mediante esta acta corresponde a \$21'709.008,69. Se acompañó de la factura No. 27 y su correspondiente comprobante de egreso No. 50706 (fls.807, 839, 863 c10).

2.94. Acta de obra ejecutada No. 4 zona 5 suscrita por el representante legal del consorcio contratista y el supervisor del contrato, a razón de 596.084.54 M2 de zona verde (fls.904-907 c10).

2.95. Acta de recibo de trabajos de poda No. 4 del 24 de mayo de 2002, suscrita por el supervisor y el contratista dentro del contrato No. 292 de 2001, en la cual consta que la suma a pagar por los trabajos recibidos mediante dicha acta corresponde a \$21'991.866,47. Se acompañó la factura No. 36 y su correspondiente comprobante de egreso No. 51491 (fls.908, 909 y 865 c10).

2.96. Acta de obra ejecutada No. 5 zona 5 suscrita por el representante legal del consorcio contratista, a razón de 605.848,33 M2 de zona verde (fls.881-884 c10).

2.97. Acta de recibo de trabajos de poda No. 5 del 23 de julio de 2002, suscrita por el supervisor y el contratista dentro del contrato No. 292 de 2001, en la cual consta que la suma a pagar por los trabajos recibidos mediante esa acta corresponde a \$22'357.227,46. Se acompañó la factura No. 42 su correspondiente comprobante de egreso No. 52206 (fls. 885-886, 912 c10).

2.98. Informe de actividades ejecutadas dentro del contrato No. 292 presentado por el Consorcio Condival – E.J.M., ante el IDR al cual adjuntó los soportes del pago de parafiscales (fls, 888-907, 886-884, 841-862, 811-837 c14).

2.99. Oficio No. 15000000 del 27 de junio de 2003, remitido por el Jefe de Administración de Escenarios del IDR en el cual adjuntó un cuadro en cuyo contenido se relacionaron los pagos realizados dentro de los contratos Nos. 288, 289, 290, 291 y 292, así como los metros cuadrados podados en cada una de las zonas objeto de los anteriores negocios jurídicos, gráfico del cual se desprende la siguiente información (fls.1074-1111 c16):

No. contrato	Del	Zona objeto del contrato	Pagos realizados	M2 de zona verde
288		Zona 1 (Localidades de Chapinero, Usaquén y Teusaquillo)	\$114'000.000.00	1.029.993,64
289		Zona 4 (Localidades de Engativá, Puente Aranda y Kennedy)	\$110'000.000.00	700.028
290		Zona 6 (Localidades de Bosa, Usme y Ciudad Bolívar)	\$110'000.000.00	211.297,2
291		Zona 3 (Localidades de Suba, Fontibón y Barrios Unidos)	\$113'999.807.70	860.685,58
292		(Localidades de Antonio Nariño, Tunjuelito, Rafael Uribe)	\$110'000.000.00	321.410,46

3). Normativa aplicable al caso en examen.

Al respecto resulta importante recordar que la Constitución Política garantiza los derechos adquiridos de acuerdo con la ley civil (artículo 58 C.P.), con las excepciones en ella prescritas, noción dentro de la cual se comprenden los derechos que emanan de un contrato.

Pues bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, excepto las concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos resultantes del mismo (procesales) y las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado, eventos que se castigarán con arreglo a la ley bajo cuya vigencia se hubiere confirmado la respectiva infracción.

A propósito de esta norma, la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia, puntualizó:

“... Es principio aceptado generalmente que a los contratos debe aplicarse la ley vigente en el momento de su celebración y que las leyes nuevas no pueden alterar las relaciones contractuales. Este principio, tiene necesariamente sus excepciones, como cuando no han sido realizados la totalidad de los actos adquisitivos del derecho a la prestación. Pero, tratándose de contratos perfeccionados, celebrados con las formalidades legales, y que han tenido su cumplimiento normal, la ley aplicable es la que regía en el momento de que se celebró la convención...”⁴

Por lo demás, la citada norma legal, que obstruye el efecto general inmediato de una nueva ley y privilegia la irretroactividad de la misma en el ámbito de los contratos, se justifica en cuanto ellos no pueden estar sujetos a los constantes cambios o vaivenes de la legislación, sino que deben gozar de estabilidad y seguridad, como presupuesto que genera confianza en los negocios y relaciones dentro del tráfico jurídico y si bien las normas pueden ser reformadas o alteradas por una ley posterior que indique expresamente su aplicación retrospectiva o incluso retroactividad para determinado aspecto en algún tipo específico de contrato, ello constituye una excepción que debe ser expresa y encontrar fundamento en razones de orden público o de interés general.

En definitiva, la regla general enseña que los contratos se encuentran sometidos a la aplicación de la ley existente al momento de su nacimiento o celebración.

El asunto que en esta oportunidad se somete a conocimiento de la Sala corresponde a controversias atinentes a cinco relaciones negociales existentes entre las mismas partes del litigio contenidas en los contratos de obra Nos. 288, 289, 290, 291 y 292, todos ellos suscritos el 27 de septiembre de 2001, lo cual

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, providencia de 9 de mayo de 1938, XLVI, 488.

impone concluir que la normativa vigente al tiempo en que se adelantó el procedimiento de licitación para su adjudicación, así como de su celebración, perfeccionamiento y ejecución es el Estatuto de Contratación Estatal contenido en la Ley 80 expedida en el año de 1993.

4.- Precisiones conceptuales en torno a las diferencias existentes entre las figuras del incumplimiento contractual y del desequilibrio económico del contrato.

Advierte la Sala que las pretensiones de la demanda se dirigieron a obtener la declaratoria de incumplimiento contractual de la entidad distrital por inobservancia de las obligaciones derivadas de los negocios jurídicos Nos. 288, 289, 290, 291 y 292 y consecuentemente la declaratoria de la ruptura del equilibrio financiero de los contratos por causa de la conductas antijurídicas de la entidad contratante constitutivas de dicho incumplimiento.

Por su parte, el Tribunal a quo al proferir la sentencia de primera instancia cuya impugnación se desata, consideró que, en efecto, se había presentado la ruptura del equilibrio económico invocada por la parte demandante, lo cual habría tenido origen en circunstancias atribuibles al comportamiento antijurídico de la entidad estatal contratante, la cual había incurrido en violación del principio constitucional de buena fe en la medida en que durante la etapa precontractual realizó precisiones y aclaraciones en relación con el contenido de los términos de referencia que posteriormente desconoció en la etapa de ejecución del contrato.

A su turno los argumentos del recurso de alzada se encaminan a sostener que la entidad estatal contratante sí habría cumplido con sus cargas de claridad y de precisión al elaborar los términos de referencia y al responder las inquietudes y dudas de los proponentes, surgidas en relación con aquellos y que desde ningún punto de vista podía afirmarse que dichas respuestas habrían dado lugar a equívocos en cuanto a la forma de pagar el valor del contrato, pues resultaba evidente que si el objeto del contrato lo constituía la poda de césped y el mantenimiento de zonas verdes, naturalmente el área que se pagaría sería la que correspondiera a las zonas verdes, cuestión que no se extendía a las zonas duras de los parques en donde debía ejecutarse las labores contratadas, circunstancia que, a juicio de la entidad apelante, habría sido perfectamente conocida por el demandante a la hora de presentar sus propuestas y de celebrar sus contratos y

por tal razón no estaba en posibilidad de alegar una ruptura del equilibrio económico respecto de los mismos.

En los términos expuestos se evidencia que el manejo jurídico de la situación fáctica que se presentó en el caso en examen fue uniforme al concebir el incumplimiento contractual atribuido a la entidad estatal por la inobservancia de los deberes y obligaciones del contrato, surgidos durante la etapa precontractual, como causa de la alegada ruptura del equilibrio económico del contrato, circunstancia que impone a la Sala la necesidad de efectuar algunas puntualizaciones.

La doctrina extranjera ha definido el equilibrio financiero del contrato como la *“... relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes.”*⁵

Para la doctrina nacional autorizada la equivalencia económica del contrato es entendida como *“la garantía que el derecho le otorga a la órbita patrimonial del contratista, como un justo límite a la supremacía que ostenta la Administración Pública en sus relaciones jurídicas, como titular del poder de imperium del Estado y gestora del interés público.”*⁶

En el campo de la contratación estatal se ha considerado que *“es cierto que el pacto de las partes recibe todo el poder que la ley le trasladó en cuanto a vehículo de regulación de las relaciones sociales. Sin embargo ese acuerdo se estructura en unas determinadas y concretas situaciones, que justifican explican y condicionan los términos económicos que se convienen. En tanto esas situaciones se mantengan inalterables durante sus ejecuciones económicas se conservarán. Pero la modificación de ellas incluso por hechos no imputables a ninguna de las partes, comporta la alteración de la economía del contrato y el deber,*

⁵ MARIENHOFF, Miguel. “Contratos Administrativos Teoría General.” En tratado de Derecho Administrativo. Tomo III –A.4. Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Pag. 469.

⁶ ESCOBAR GIL, Rodrigo, Teoría General de los Contratos de la Administración Pública; editorial Legis Editores, Bogotá. 20000, Pág. 401.

generalmente a cargo del Estado, de recuperar esas condiciones a un nivel semejante al existente al momento del negocio.”⁷

Pues bien, en sus orígenes la figura de la ecuación económica del contrato estuvo orientada a otorgar una garantía en favor contratista como protección frente al poder de la Administración, dado que ésta concurría a la relación contractual investida de poderes o prerrogativas excepcionales o exorbitantes que inevitablemente descartaban alguna posibilidad de igualdad entre las partes de la relación contractual, garantía que de ninguna manera podía o debía entenderse como un seguro de ingreso o utilidades a favor del contratista.

Posteriormente esa concepción sufrió una mutación en cuanto se admitió que la noción del equilibrio económico estaba llamada a prosperar en favor de cualquiera de las partes del contrato, cuestión que incluye también como beneficiaria de dicha institución a la entidad estatal contratante y no sólo al contratista particular, variación que encontró apoyo normativo en el artículo 20 del Decreto-ley 222 de 1983, según el cual, cuando hubiere lugar a la modificación unilateral del contrato “c) *Debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes*”; de la misma manera la Ley 80 de 1993, actualmente vigente, dispuso en su artículo 27 que si alguna de las partes de la relación contractual resultare afectada con el rompimiento del equilibrio financiero del contrato podía acudir a su restablecimiento adoptando las medidas necesarias, a lo cual se adiciona la previsión consignada en el numeral 3 del artículo 4º de la misma Ley 80, por cuya virtud se faculta expresamente a las entidades estatales para solicitar -o incluso les impone el deber de- la actualización o revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico del contrato.

Este enfoque del equilibrio financiero del contrato permite concebir esa institución como un derecho o facultad del cual son titulares, en igual medida, las dos partes de la relación contractual.

Al aproximar con esa perspectiva el fundamento del equilibrio económico de los contratos estatales, resulta posible identificar en esa figura una doble dimensión: la primera relacionada con la equivalencia objetiva que debería existir entre las correspondientes y correlativas prestaciones y la segunda referida al respeto y

⁷ DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal”. Segunda Edición. 2003. Legis Editores. Pag. 489

mantenimiento de las condiciones existentes que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración⁸.

Del contenido conceptual puesto de presente, debe entenderse que el equilibrio o equivalencia de la ecuación económica del contrato tiene como finalidad garantizar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones técnicas, económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de presentar oferta, en el caso de que se haya adelantado el procedimiento de la licitación o de contratar cuando la selección se hubiere adelantado mediante la modalidad de contratación directa; dicha equivalencia puede verse afectada o por factores externos a las partes que están llamados a encuadrarse dentro de la Teoría de la Imprevisión o por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como "Hecho del Príncipe", "*Ius variandi*".

Realizadas las anteriores precisiones conceptuales en torno a la figura del restablecimiento del equilibrio económico, conviene agregar que el tratamiento jurisprudencial en torno al tema de incumplimiento contractual, como causal generadora de la ruptura de dicho equilibrio económico, ha sido pendular en cuanto en algunas oportunidades se han adoptado posturas encaminadas a aceptar su ubicación en el terreno de la responsabilidad contractual⁹, entendiendo así la inobservancia del contenido obligacional de uno de los extremos contratantes como causa eficiente de dicho quebranto, mientras que en otras tantas se ha hecho y se ha mantenido la distinción para efectos de identificar el equilibrio económico y su ruptura como un fenómeno ajeno por completo a las nociones de incumplimiento y/o de responsabilidad contractual¹⁰.

Al respecto cabe agregar esta disparidad en modo alguno ha obedecido al arbitrio del fallador, sino que puede explicarse en cuanto ha sido la misma legislación la

⁸ HOYOS DUQUE, Ricardo. "El Equilibrio Económico del Contrato Estatal: La Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Propuesta de Reforma a la Ley 80 DE 1993". Artículo en "Contratación Estatal: Aspectos Controversiales – Memorias IV Jornadas de Contratación Estatal". Compilador Felipe De Vivero Arciniegas. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Ediciones Uniandes. Bogotá, D. C. Septiembre de 2007. Página 103.

⁹ Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia del 15 de febrero de 1999, Exp. 11194, C.P Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 21 de junio de 1999, Exp. 14943, C.P Daniel Suárez Hernández; sentencia del 31 de agosto de 2011, Exp.18080, C.P Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰ Sobre el particular pueden leerse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 26 de febrero de 2004, Exp: 14043, C.P Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 4 de septiembre de 2003, Exp. 10883, C.P Alir Hernández Enríquez; sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

que quizá sin propiedad o de manera equívoca sobre la materia, se ha ocupado de generar la confusión en cuanto ha identificado el incumplimiento contractual como una de las causas generadoras de la ruptura del equilibrio económico del contrato, tal como lo refleja el tenor literal del numeral primero del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 en cuanto establece que *“si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”*.

En igual sentido se encuentra la disposición contenida en el numeral octavo del artículo 4 del mismo estatuto, en cuanto consagra:

“Artículo 4.- De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

“(..).”

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

De ahí que la Sala estime necesario puntualizar que si bien algunas normas legales vigentes propician ese tratamiento indiscriminado de la figura del incumplimiento contractual como una de las génesis del desbalance de la ecuación contractual, lo cierto es que el instituto del equilibrio económico en materia de contratación estatal tiene y ha tenido como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo, sin que haya lugar a confundir esa institución con la materia propia de la responsabilidad contractual.

Precisamente con ese fin el ordenamiento positivo faculta hoy a las entidades contratantes para que, en sede administrativa, adopten los mecanismos encaminados a preservar esas condiciones y la dotó de instrumentos útiles tendientes a lograrlo, tales como la aplicación de los mecanismos de ajuste, actualización y revisión de precios, cuya materialización podrá efectuarse directamente por la Administración.

Muy por el contrario, cuando se examina el incumplimiento de uno los extremos del negocio jurídico por razón de la inobservancia o del cumplimiento tardío o defectuoso del contenido obligacional de aquellas estipulaciones que de manera libre, voluntaria y vinculante acordaron las partes al tiempo de su celebración, naturalmente ello debe realizarse desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, lo que a la postre faculta al otro contratante, siempre que hubiere cumplido con las obligaciones a su cargo o que hubiera estado dispuesto a satisfacerlas en la forma y tiempo debidos, para que, en sede judicial, pueda solicitar la resolución del respectivo vínculo negocial o su cumplimiento, en ambas opciones con la correspondiente indemnización de los perjuicios causados o incluso, si a ello hubiere lugar, autoriza a la entidad estatal contratante para sancionar al contratista particular incumplido mediante la declaratoria de caducidad administrativa del contrato¹¹, o para declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato, tal como lo dispone el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, normativa que encuentra antecedente positivo en los artículos 71 y 72 del entonces vigente Decreto-ley 222 de 1983.

En esta misma línea, en reciente oportunidad esta Subsección se ocupó de puntualizar una vez más las múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, así como los efectos que en uno y otro caso se desprenden:

“Para la Sala los supuestos de hecho alegados no son constitutivos de ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato, sino del incumplimiento contractual.

“La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

“La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal,

¹¹ Artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993.

señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “hecho del príncipe”, y “potestas ius variandi” (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada “teoría de la imprevisión” y paralelamente en la “teoría de la previsibilidad”. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

“El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento general la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.

“(…)

“Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no solo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno u otro caso.

“En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos casos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo dispone el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998.”¹²

Retomando el análisis del caso en examen, en punto a los supuestos fácticos que sirven de sustento de las pretensiones de la demanda, como a la formulación del petitum, se advierte que la ruptura del equilibrio económico del contrato alegada y acogida por el fallador de primera instancia, en realidad se atribuyó a un incumplimiento de la entidad pública por inobservancia de su carga de claridad en la etapa previa a la celebración del contrato, que no a causas exógenas a las partes.

¹² Sección Tercera Subsección A, Consejo de Estado, 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Becerra.

De igual forma, el recurso de apelación se dirigió a desvirtuar el incumplimiento contractual como causa eficiente del controvertido desequilibrio económico cuya ocurrencia se le imputaba.

En consecuencia, a pesar de que el contratista hizo alusión a la ruptura de un equilibrio económico, lo cierto es que, se reitera, sus pretensiones y los fundamentos fácticos que le sirven de sustento se centran en alegar el incumplimiento contractual en que incurrió la entidad por cuanto en la etapa de ejecución desconoció las aclaraciones que ella misma hizo frente a las inquietudes que se presentaron en relación con el alcance de los términos de referencia y que como tal formaban parte de los contratos posteriormente celebrados, lo cual hizo más gravosa su ejecución para el contratista.

De conformidad con lo expuesto, aun cuando a la luz de los conceptos previamente examinados la formulación de las pretensiones resultaría anti-técnica, la Sala, con el propósito de garantizar la efectividad del derecho fundamental del consorcio contratista a acceder a la administración de justicia y en virtud del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial, abordará el examen del caso concreto desde la perspectiva del incumplimiento contractual para indagar si en la etapa precontractual existió un comportamiento antijurídico de la entidad pública contratante que indujo a error al contratista a la hora de presentar las propuestas y posteriormente suscribir los contratos adjudicados y, en caso afirmativo, si ello le ocasionó perjuicios al demandante que la entidad estuviera en el deber de reparar o incluso con idénticas consecuencias, si la entidad estatal desatendió o incumplió las reglas y los parámetros que ella misma estableció en dichos pliegos de condiciones o términos de referencia cuyos alcances y efectos resultaban vinculantes para ambas partes, incluida, naturalmente, la entidad estatal contratante.

5. El caso concreto.

Procede la Sala a pronunciarse respecto de los argumentos de apelación formulados por la entidad estatal contratante, las cuales se circunscriben a indicar que en la etapa precontractual no existió manifestación alguna de la Administración Distrital por cuya virtud pudiera ser posible entender, como

erradamente lo habría comprendido el contratista, que la forma de pago del valor de los contratos se calcularía teniendo en cuenta el área total del parque, pues como le resultaba incuestionable, si el objeto de los contratos recaía en la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes de los parques vecinales de Bogotá mal habría hecho el Instituto en obligarse a garantizar el pago de obras ejecutadas en zona dura cuando claramente ello escapaba a la naturaleza de las obras contratadas, dado que únicamente podrían ser pasibles de reconocimiento las labores que se ejecutaran en el área de las zonas verdes, máxime cuando sobre el particular no existieron adendos que modificaran los términos de referencia.

Además, indicó que las propuestas presentadas por el consorcio contratista se sujetaron de manera integral a los términos de referencia, pues manifestó en ellas su conocimiento en relación con las condiciones de negociación y en ese sentido calculó su oferta económica por valor de metro cuadrado para poda.

Como sustento de la alzada agregó también que durante la etapa de observaciones, fueron varios los proponentes que presentaron inquietudes frente al ítem de pago, a los cuales se les dio respuesta en términos claros que no daban lugar a equívocos en cuanto al área que debía tenerse en cuenta para efectos de reconocimiento económico, respuestas que igualmente debieron ser tenidas en cuenta por el demandante para estructurar su convencimiento en relación con el área objeto de pago.

En orden a resolver los argumentos de impugnación, la Sala hará un breve recuento de los hechos probados en el plenario.

De las probanzas valoradas se evidencia que el demandado INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE en el año 2001 adelantó cinco invitaciones públicas identificadas con los Nos. 024, 025, 026, 028 y 029 con el objeto de seleccionar a un colaborador para que ejecutara por el sistema de precios unitarios fijos, por metro cuadrado sin fórmula de reajuste, la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes para los parques vecinales de varias localidades de la ciudad de Bogotá.

En el contenido de cada uno de los términos de referencia de las mencionadas invitaciones, específicamente dentro de los ítems correspondientes a los requisitos de la oferta económica, la Administración Distrital estableció un valor integral

máximo de cuarenta (40) pesos por metro cuadrado e igualmente señaló que el proponente debería indicar el valor de su oferta para servicio de corte por metro cuadrado, la cual debía estar sustentada con el correspondiente análisis de precios unitarios, dentro de los cuales a su vez debía contemplar todos los costos en que incurriera el contratista tales como insumos, equipos, maquinaria, herramientas, transporte al sitio de la actividad, valor de la mano de obra y, en general, cualquier otro costo en que incurriera para la ejecución de los trabajos contratados.

A la invitación respondieron varios aspirantes, quienes, durante la etapa de observaciones, formularon algunas preguntas en torno a la fórmula de precios.

Así la sociedad SIMA, a través de oficio, indagó que si bien en los requisitos técnicos de los términos de referencia se exigía el cumplimiento de algunas labores sobre las zonas duras, como su limpieza y mantenimiento, lo cierto es que según el mismo documento, sólo se tendría en cuenta para pago las zonas verdes que resultaran de la medida inicial, por lo cual preguntó cómo podrían cobrarse las obras realizadas en zonas duras. Al respecto la entidad textualmente indicó que *“las actividades de los numerales 15 y 16 de los requisitos técnicos están estrechamente relacionadas con el mantenimiento y retiro del césped, por lo anterior, el costo de dichas actividades deberá ser contemplado por el proponente en su oferta económica”*.

Otro de los proponentes, sociedad INCIVIAS LTDA., interrogó acerca de si el valor el A.I.U., debía incluirse en el valor integral máximo de \$40 por M2, a lo cual la entidad contestó que *“el valor por metro cuadrado establecido como valor máximo a pagar por parte del IDRD, incluye todos los costos de carácter directo e indirecto (AIU).”*

Por último, el consorcio CONDIVAL-EJM presentó su solicitud de aclaración en cuanto a la forma de calcular la oferta económica en los siguientes términos:

“2.- El pliego dice que antes de iniciar las labores se deben medir las zonas verdes de los parques. La pregunta es: el área que van a pagar es solo las zonas verdes o el área total del parque?”

Y seguidamente explicó las razones que lo motivaron a formular el interrogante, así:

“Si la respuesta es que solamente pagan las zonas verdes, el precio unitario oficial es muy bajito y no alcanzaría pues existen actividades en las zonas duras tales como el aseo, aplicación de herbicida, bordeo lineal, etc, que se incrementan y por el contrario el valor final pagado es menor. Durante los últimos tres años siempre nos han pagado el área total del parque sin descontar zonas duras, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas anteriormente.

“Adicionalmente en los procesos licitatorios de poda del Instituto, este ha venido bajando los precios cada vez más, cambiando la forma de pago de una manera más crítica (sin anticipo), exigiendo más personal (Arquitecto o Ingeniero residente, Auxiliares medidores) y ahora si no pagan las zonas duras, las cuales hay que bordear, limpiar, soplar, barrer, aplicar herbicida, etc, entonces el precio unitario se vuelve insuficiente.”

Como respuesta, la entidad estatal contratante, por conducto de su Coordinadora del Grupo de Apoyo a la Contratación, textualmente indicó: *“El área que se va a pagar es el área total del parque, por lo tanto el costo de dichas actividades deberá ser contemplada por el proponente en su oferta económica por metro cuadrado”.*

El Consorcio Condival – E.J.M., estructuró y formuló sus propuestas, fue escogido como adjudicatario de las cinco invitaciones públicas y suscribió los contratos producto de las mismas; ahora bien, antes del inicio de la ejecución de las actividades, en reunión sostenida con la entidad distrital, a dicho contratista se le puso de presente que las áreas que se reconocerían serían las de las zonas verdes, frente a lo cual y sin perjuicio de manifestar su desacuerdo e inconformidad para con dicha postura, reafirmó su voluntad y decisión de ejecutar los contratos correspondientes y cumplir las obligaciones asumidas en virtud de aquellos.

5.1. Del contenido y alcance de las respuestas a las aclaraciones emitidas por la entidad IDR D.

Visto el anterior panorama, la Sala estima que el punto medular de la presente controversia en primer lugar se contrae a determinar si la respuesta que emitió la entidad distrital era clara en precisar que el área a reconocer correspondería a la totalidad del parque, como lo entendió tanto el demandante, como el Tribunal de

primera instancia o si, por el contrario, debía asumirse que, como lo sostiene el ente público apelante, el área objeto de pago correspondía únicamente al área total de las zonas verdes.

De entrada la Sala anticipa que del solo contenido literal de la respuesta emanada de la entidad ante la solicitud de aclaración elevada por el Consorcio Condival – EJM, no hay el menor asomo de duda de que el área física sobre la cual recaería el cálculo económico de las propuestas correspondía al área total del parque, lo cual incluía tanto las zonas verdes, como las zonas duras.

Ello se entiende así tanto por la literalidad de la respuesta, como porque al extender dicha interpretación al texto que la motivó, es decir a la formulación de la pregunta, resulta palmario que el interrogante contenía dos supuestos en cuestión, a saber ¿se pagaría sólo sobre el área de las zonas verdes? ó ¿se pagaría sobre el área total del parque? de allí que si la intención de la entidad era la de manifestar que el precio únicamente cobijaría la extensión de las zonas verdes, así lo habría dicho dado que la misma pregunta partía de la posibilidad de ese supuesto.

Además de lo anterior, el tenor de la solicitud de aclaración elevada por el consorcio Condival - EJM contenía una argumentación de conformidad con la cual exponía las razones que motivaron su pregunta y por los cuales se apartaba de la posibilidad de que el cálculo económico se efectuara sólo con base en el área de las zonas verdes, de tal modo que si la respuesta de la entidad estaba encaminada a rebatir la argumentación del proponente en el sentido de reafirmar que el área a reconocer se circunscribía a las zonas verdes, así ha debido precisarlo.

Sin embargo, la respuesta que con claridad y precisión plasmó la entidad contratante en dos renglones, simplemente optó por uno de los supuestos que la misma pregunta ofrecía, sin agregar algún respaldo argumentativo que permitiera entender en sentido diverso o con otro alcance aquello que se respondió de manera escueta y puntual.

Ahora bien, no desconoce la Sala que existieron otras dos preguntas en lo atinente al tema de los requisitos de la oferta económica y que todas ellas estaban llamadas a ser interpretadas de manera armónica por los destinatarios de las

respuestas, es decir no podían tomar únicamente el contenido de una de ellas y acomodarlo a su amaño o interés personal, tal como lo sugiere la entidad. En otras palabras, cada respuesta que se brindó a las diferentes solicitudes de aclaración o inquietudes formuladas ante la Administración, no podía apreciarse de forma aislada sino en conjunto con todas las aclaraciones que surgieran frente a los términos de referencia, más aun cuando todas las respuestas fueron puestas en conocimiento de todos los destinatarios de las respectivas invitaciones públicas, como en efecto debía hacerse para garantizar el principio de igualdad a todos los interesados y oferentes

Así, por un lado la sociedad SIMA preguntó cómo se pagarían las actividades que debían ejecutarse en las zonas duras, respecto de lo cual la entidad contratante contestó que dichas actividades estaban relacionadas con la poda del césped y mantenimiento de zonas verdes y en ese sentido las mismas debían contemplarse en la oferta económica por metro cuadrado.

Por su parte, la Sociedad INCIVIAS LTDA., también indagó si el valor correspondiente al A.I.U., debía estar contemplado en el valor integral por metro cuadrado, a lo cual la entidad estatal respondió afirmativamente en el sentido de indicar que el valor por metro cuadrado establecido como máximo a pagar por parte del IDR, incluía todos los costos de carácter directo e indirecto (AIU).

Pues bien, de las dos respuestas anteriormente relacionadas, en criterio de la Sala no se desprende de manera fehaciente e indiscutible que para calcular el valor por precio unitario de las obras ejecutadas debía tenerse en cuenta sólo el área de las zonas verdes, como lo sostiene la entidad demandada, pues su contenido, específicamente el de la respuesta emitida a la sociedad SIMA, no dejaba de ser abstracto, genérico e inconcreto; sencillamente se limitó a manifestar que las obras a ejecutar en las zonas duras estaban relacionadas con la poda de césped y el mantenimiento de zonas verdes y por tal razón debían calcularse en la oferta económica por metro cuadrado, pero nada dijo respecto del área que se tendría en cuenta para efectuar el respectivo cálculo, contrario a lo que ocurrió en el caso de la respuesta que se brindó a la inquietud que elevó el ahora demandante, en la cual la entidad fue categórica al afirmar que la que se pagaría sería la totalidad del área del parque.

En cuanto a la respuesta que se dio a la solicitud de aclaración formulada por la sociedad INCIVIAS, ha de concluirse que la misma no arrojó elementos que causaran discrepancia en relación con la contestación que se brindó al ahora demandante; al contrario, podría incluso admitirse que tenía un carácter complementario, dado que a partir de aquella quedó claro que el valor del A.I.U., debía contemplarse dentro del valor integral máximo por metro cuadrado, indistintamente de que el metraje correspondiera únicamente al área de zona verde o al área total del parque.

En consecuencia, para la Sala no resulta válido el argumento que esgrime la entidad apelante al señalar que también existían otras respuestas a las aclaraciones a partir de las cuales no había lugar a duda en cuanto a que el valor del metro cuadrado debían calcularse únicamente con base en el área de las zonas verdes y no a partir del área total del parque, pues aun cuando se demostró que en efecto se impartieron otras repuestas en relación con el tema de los requisitos de la oferta económica, las mismas en nada mutaron el contenido de la contestación a la inquietud formulada por el consorcio Condival – EJM.

Pero si las anteriores razones no resultaran suficientes para admitir que la interpretación del demandante fue acertada, existen otros elementos que permiten reforzar y fortalecer ese entendimiento.

Recuerda la Sala que la entidad estatal contratante dentro de su escrito de impugnación, de manera reiterada sostuvo que el objeto del contrato versaba exclusivamente sobre la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes de los parques vecinales, por lo cual resultaba irrazonable considerar que el área que debía tenerse en cuenta para efectos de calcular el pago de los contratos también incluía zonas duras y, por ende, debiera reconocerse el área total del parque, a propósito de lo cual incluso advirtió que de así aceptarlo ello implicaría que los contratos a celebrar tendrían objeto ilícito en la medida que no resultaba físicamente posible podar el pavimento.

No obstante, olvida la entidad apelante que dentro de los términos de referencia de las invitaciones públicas Nos. 024, 025, 026, 028 y 029 aun cuando se estableció que el objeto de los contratos lo constituiría "*la poda de césped y el mantenimiento de zonas verdes*", lo cierto es que en el acápite de requisitos técnicos de dichos documentos se establecieron diversas obligaciones a cargo del

futuro contratista, las cuales, contrario a lo argumentado en su apelación debían ser ejecutadas, precisa y si se quiere paradójicamente, en las zonas duras de los parques, así:

- *El bordeado podrá desarrollarse manual o mecánicamente consistente en el corte vertical entre la zona verde y los sardineles, cajas de inspección, tapas, zonas duras (juntas de delimitación), caminos peatonales, senderos y otros elementos que hacen parte integral de la zona verde, a partir del borde o bordillo del área del parque. En caso de que esta labor sea realizada con guadañadora será necesario utilizar el yoyo de nylon.*
- *El plateo deberá ser realizado con guadañadora en postes, luminarias, zonas duras, cajas de inspección, tapas y demás elementos del equipamiento urbano existente en la zona verde¹³*
- *Realizar la limpieza, tanto de sumideros como de los elementos y zonas afectadas con taponamiento como consecuencia de los residuos producto del corte que caen sobre las calzadas, caminos peatonales, canchas y demás elementos ajenos a la zona verde.*
- *En zonas duras y cerramientos, que estén invadidas en sus uniones, dilataciones por pasto kikuyo, se deberá utilizar herbicidas específicos para hoja angosta, los que deberán ser aplicados en forma dirigida para evitar el riesgo de daños de la vegetación vecina y provocar intoxicaciones en la población humana.*
- *Las zonas duras deberán quedar totalmente limpias, mediante barrido, soplado y/o aspirado cuidando de no afectar las superficies con el método de limpieza usado.*
- *Los cerramientos deben permanecer despejados de todo tipo de pastos, deberá existir un control permanente sobre la hierba, con el fin de prever que la misma cause corrosión y daño endichas estructuras.*
- *Las zonas alledañas, cerramientos y zonas externas a la delimitación del parque deberán ser mantenidas de igual forma y como mínimo hasta el sardinel.*
- *Las ramas de los árboles que se encuentre partidas deberán ser retiradas en forma manual y con ayuda de la motosierra. No podrán realizarse poda alguna en palmas ubicadas en los parques.*

En este punto la Sala conviene pertinente realizar algunas precisiones generales en cuanto al objeto de un contrato.

¹³ De conformidad con la Resolución No. 914 de 18 de mayo de 2009, expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por la cual se expide un plan de compensación forestal, el plateo, consiste en "limpiar la vegetación existente, manualmente o con herramientas, preferiblemente con "machete", "peinilla" o guadaña, en un diámetro de 1 m. Seguidamente, en el centro del plato o en el centro del área que se ha limpiado, se abrirá un hoyo de 30 x 30 x 30 cm para posteriormente sembrar el árbol."

Para la doctrina foránea¹⁴ el objeto del contrato constituye un bien susceptible de valoración económica que corresponde a un interés de los contratantes. Otros autores extranjeros¹⁵ sostienen que el objeto del contrato no es una parte del contrato, sino algo sobre lo que recae, o sobre la cosa vendida o sobre el precio, o sobre la prestación consistente en entregar una y otro, o sobre las relaciones o intereses recíprocos que los contratantes establecen.

A su turno, la doctrina nacional¹⁶ define *que el “objeto de la disposición es el interés mismo a que se refiere y puede consistir en cualquiera porción del mundo exterior útil para el hombre, como en cualquier servicio o actividad humana igualmente aprovechable”*.

Descendiendo en la legislación Colombiana, ha de observarse que en aun cuando en el Código Civil no se definió de manera precisa en qué consiste el objeto de un contrato, por tal debe entenderse la comprensión, no solo de aquellos supuestos inmersos y descritos en la cláusula que por regla general suelen llevar su nombre, sino todas aquellas estipulaciones de contenido obligacional que lo integran, las prestaciones de dar, hacer y no hacer a cuyo cumplimiento recíprocamente se obligan los extremos del negocio, indistintamente de que estén contenidas en la cláusula identificada bajo el título “OBJETO” o en otra de diferente denominación.

Así, para establecer el objeto de un contrato e identificarlo no basta con remitirse a la lectura de la cláusula que dice contenerlo, por manera que es indispensable estudiar la totalidad del texto contractual en su integridad, al tiempo que debe extenderse su análisis a todos los demás documentos que tienen la virtualidad de incorporarse al mismo, que en materia de contratación estatal serán tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia, adendos, documentos modificatorios o aclaratorios, entre otros; con todo esto último constituye un aspecto que más adelante será abordado con mayor detenimiento.

Ello se refuerza aún más si se tiene en cuenta que en materia de contratación estatal resultan de plena aplicación las reglas de interpretación de los contratos

¹⁴ DIEZ-PICAZO Y GULLÓN. “*Sistema de Derecho Civil*”. Editorial Civitas, Madrid, 1980. 6ª edición.

¹⁵ ALBALADEJO, M “*Derecho Civil*” Tomo I. Vol. 2º. Editorial Bosch. Barcelona, 1989, 13ª edición.

¹⁶.HINESTROSA, F “*Curso de Obligaciones*” (Conferencias), Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

recogidas en el Código Civil, cuyos dictados establecen que *“Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”*.¹⁷

A propósito del tema relativo a la interpretación de los contratos estatales a la luz de las normas del derecho común, esta Sala en pronunciamiento de la pasada anualidad consideró:

“Las reglas de interpretación de los contratos, obligatorias para el juez en la medida en que el ordenamiento jurídico pretende que la voluntad de las partes —y no la del intérprete— sea escrupulosamente respetada al momento de aplicar o de establecer los alcances del acto o negocio del cual se trate¹⁸, especialmente cuando el tenor literal de éste no resulta suficientemente esclarecedor respecto de dicha intención de los sujetos, se encuentran consagradas, como se ha expresado, en el Código Civil y resultan aplicables a la contratación estatal en casos como el sub judice, pese a que la contratista del Estado tiene la condición de comerciante —lo cual determina la aplicación preferente de las disposiciones del Estatuto Mercantil—, por virtud de lo normado tanto en el artículo 822 del Código de Comercio¹⁹ como en el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993²⁰.

“Estima la Sala pertinente precisar que las precitadas reglas legales de interpretación de los contratos resultan válidamente aplicables en el ámbito de la contratación estatal puesto que como se explicará a continuación, los principios orientadores que recoge y consagra el artículo 28 de la Ley 80 para la correcta aplicación de las reglas de hermenéutica en materia contractual, cuando de vínculo de naturaleza estatal se trata, en realidad no se ocupan de desarrollar con detalle y de manera específica la forma en la cual han de ser interpretados los aludidos contratos estatales y, por ello mismo, no habría lugar, en los términos del artículo 13 de la citada Ley 80, a excluir por completo la aplicación de las normas legales correspondientes que sobre esas precisas materias contienen los estatutos mercantil y civil sobre la base, que obviamente resultaría equivocada, de considerar el tema

¹⁷ Art. 1622 del Código Civil.

¹⁸ A ese respecto se ha sostenido lo siguiente: “La ley quiere, pues, que la voluntad de las partes sea respetada y estrictamente observada; y por lo mismo, que las convenciones sean religiosamente cumplidas.

Con este fin ha dictado reglas de interpretación que el juez debe observar. No ha dejado entregada la interpretación de las convenciones a la arbitrariedad judicial; no ha dado al juez simples consejos para ilustrar su criterio en esta interpretación; sino que le ha fijado reglas que está obligado a observar y que, hallándose consignadas en preceptos legales, no pueden ser infringidas sin incurrir en una violación de ley que puede y debe ser corregida por la vía de la casación”. Cfr. CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. XII. Obligaciones y contratos, Editorial Nascimento, Santiago, 1939, p. 16.

¹⁹ Disposición que establece lo siguiente: “Artículo 822. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”.

²⁰ Precepto cuyo tenor literal se transcribe a continuación: “Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

en cuestión estaría debida y completamente regulado a través de la norma propia del Estatuto de Contratación Pública (Artículo 28).

Ciertamente, el texto del aludido artículo 28 de la Ley 80 es el siguiente:

“[E]n la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a los procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá[n] en consideración los fines y los principios de los que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.

De todos modos, en aquellos casos —como el sub lite— en los cuales el Juez deba valerse de distintas herramientas interpretativas con el fin de dar claridad a pasajes oscuros en el contenido de las estipulaciones del contrato estatal o cuando se pretende desentrañar la voluntad o la intención real de los sujetos de dicho vínculo comercial, lo cierto es que los parámetros hermenéuticos provistos por el aludido artículo 28 del Estatuto de Contratación Estatal resultan insuficientes para acometer la anotada labor, pues si bien es verdad que dicho precepto consagra unos principios de interpretación que orientan, inspiran o informan la referida actividad, no es menos cierto que tales provisiones no constituyen reglas interpretativas precisas como las que sí se encuentran plasmadas en el Código Civil; esta materia, por tanto, no es desarrollada detalladamente y menos agotada, por el multicitado artículo 28 de la Ley 80 de 1993, el cual debe ser aplicado, consiguientemente, de manera complementaria con las disposiciones del Código Civil que se ocupan del tema, sin que con ello se desconozca lo normado por el artículo 13 de la Ley 80 en comento, por cuya virtud los contratos estatales se regirán exclusivamente por lo preceptuado en este último cuerpo normativo en las materias particularmente reguladas en él.

En ese orden de ideas, las referidas reglas de interpretación, cuya aplicación a los contratos estatales debe llevarse a cabo atendiendo a los principios enunciados en el varias veces aludido artículo 28 de la Ley 80 de 1993, son aquellas que se hallan previstas entre los artículos 1618 y 1624 del Código Civil...”²¹

Así pues, retomando el análisis del caso concreto, al tener en cuenta el contenido obligacional que se deja transcrito, para la Sala no cabe la menor duda de que todo el clausulado que se plasmó en el texto de los términos de referencia hizo parte integral del objeto de los contratos que posteriormente se celebraron como resultado de las invitaciones públicas adelantadas por el IDRD, al punto que precisamente lo nutrieron del componente obligacional al cual se remitieron las mismas cláusulas contentivas del “OBJETO DE LA INVITACION” y “OBJETO DEL

²¹ Sección Tercera, Subsección A, Consejo de Estado, 9 de mayo de 2012, Exp.22.714, Actor: Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

CONTRATO”, respectivamente, al indicar que la poda del césped y mantenimiento de las zonas verdes se realizaría de conformidad con las actividades, procedimiento, frecuencias y demás condiciones previstas en los términos de referencia.

Siguiendo el lineamiento expuesto, para la Sala no solamente no resulta absurdo admitir que el pago del objeto del contrato recaería sobre el área total del parque, sino que además resulta lógico y justo entender que así fuese pues, como se indicó, todas las obligaciones que debían realizarse en las zonas duras, antes transcritas, de forma inescindible formaron parte integral del mismo y necesariamente debían ser remuneradas.

Así entonces, los señalamientos de la entidad no dejan de generarle dudas a esta Sala en cuanto a qué habría sucedido, como bien pudo ocurrir, en aquellos parques en los que el espacio de las zonas verdes resulta considerablemente inferior al de las zonas duras y en estas existe vegetación entre las uniones de las tabletas o pavimento que deba ser cortada o tratada con herbicidas? Aceptar el planteamiento consistente en que tales actividades debían estar contempladas dentro del valor máximo unitario por metro cuadrado, el cual debía calcularse únicamente con base en el área de las zonas verdes, resultaría desproporcional en relación con todas las labores y actividades a cuya ejecución y cumplimiento sobre las zonas duras estaría obligado el contratista correspondiente. Además sería arbitrario y ajeno a los dictados de la Ley 80 de 1993²² relativos al particular, según los cuales uno de los fines de la Contratación Estatal radica en la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que, en su calidad de contratistas, colaboran con las entidades estatales en la consecución de sus cometidos.

²²Artículo 3 de la Ley 80 de 1993, el cual se encontraba vigente para la fecha de celebración de los contratos cuyo declaratoria de incumplimiento se demanda en el proceso de la referencia, establecía: “De los fines de la Contratación Estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.”

“Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal implica obligaciones”.

El texto subrayado fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007.

De otro lado, en el recurso de apelación que ahora se desata impetrado contra el fallo de primera instancia, la entidad pública demandada manifestó que el Consorcio CONDIVAL – E.J.M., al momento de presentar sus propuestas tenía pleno conocimiento y era consciente de que el valor unitario por metro cuadrado a reconocer sería el correspondiente sólo al área de las zonas verdes, tal y como se desprende del análisis de los precios unitarios, documentos en los cuales además no plasmó salvedades, dudas o inconformidades en cuanto a la forma del pago, a la par que sostuvo que si se entendía que en las ofertas no estaba incluido lo pertinente a la labor ejecutada en zonas duras se impondría concluir entonces que eran artificialmente bajas.

Pues bien, de la revisión del texto de las cinco propuestas presentadas por el Consorcio Condival – E.J.M., se advierte que en esas ofertas se incluyeron ítems como materiales (herbicidas, bolsas plásticas, cintas de seguridad, mallas y vallas), herramienta, equipo y mano de obra, a lo cual se incorporó el porcentaje respectivo del A.I.U.; todo lo anterior se tuvo en cuenta para obtener el cálculo del valor unitario por metro cuadrado; sin embargo, si bien no se señaló el área sobre el cual se calculó el valor unitario, lo cierto es que esa indicación no era una exigencia de los términos de referencia para diligenciar el respectivo formato de la oferta económica. Luego, no es posible afirmar, como lo sostiene la entidad apelante, que en las propuestas se hubiere asumido que el valor a reconocer correspondía al área de las zonas verdes, pues en su contenido no hay elementos para extraer tal conclusión.

Ahora pretender que el oferente dejara salvedades en sus propuestas, como lo sugiere la entidad, primero sería tanto como exigirle que por esa vía hiciera que su oferta no resultara elegible por contrariar el ordenamiento jurídico²³ y, en segundo lugar, de acuerdo con el lineamiento trazado hasta ahora, el oferente no tenía la necesidad de dejar salvedades en ese sentido pues legítimamente partía del hecho de que la Administración Distrital ya había absuelto las inquietudes o dudas que inicialmente surgieron en la respectiva etapa contemplada para el efecto, en torno al tema concerniente al área que se tendría en cuenta para efectuar el pago del objeto contractual y era perfectamente claro que el espacio materia de reconocimiento económico correspondía al área de la totalidad del parque.

²³ Art. 30 Num. 6 de la Ley 80 de 1993. Las propuestas deben referirse y ajustarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación.

Tampoco comparte la Sala el argumento según el cual si se entendía que en las ofertas no estaba incluido lo pertinente a la labor ejecutada en zonas duras se impondría concluir entonces que las mismas resultaban artificialmente bajas, pues era evidente que si el proponente ofertó los precios más bajos no era el resultado de una artimaña para ser a toda costa el adjudicatario de los contratos, sino porque lo hizo con el pleno convencimiento de que el precio total que obtendría por cuenta de la ejecución de los contratos se reconocería con base en un metraje superior al que en realidad la Administración autorizó en la etapa posterior a su celebración. Con todo la Sala retomará este punto y se extenderá en su análisis en acápite posterior.

De lo expuesto hasta ahora ha de concluirse que la respuesta a la inquietud formulada por el INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y EL DEPORTE no permitía interpretación distinta a aquella según la cual el área que se tendría en cuenta para pagar por metro cuadrado correspondía al área total del parque, como en efecto lo entendió tanto el Consorcio CONDIVAL- E.J.M., como el Tribunal de primera instancia.

5.2. De la fuerza vinculante de las respuestas a las solicitudes de aclaraciones en relación con los términos de referencia.

La entidad distrital demandada sostuvo en la impugnación que las respuestas a las solicitudes de aclaración, más concretamente aquella contenida en el oficio No. 24833 del 7 de septiembre de 2001, mediante la cual expresó que el área que se iba a tener en cuenta para pagar era el área total de parque, de ninguna manera constituía modificación a los términos de referencia, pues para tener tal virtualidad se requería que estuviera recogida en un adendo, circunstancia que en este caso no se presentó.

Al respecto resulta menester precisar que la Ley 80, expedida en el año de 1993, contentiva del denominado Estatuto de Contratación Estatal, vigente al momento de adelantarse el procedimiento administrativo de selección contractual que dio origen a los contratos que han sido cuestionados ante esta instancia judicial, consagra el principio de transparencia²⁴ como orientador de la actividad

²⁴ Ha dicho la Corte Suprema de Justicia, que "*mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. (...) Transparencia quiere decir, claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación*

contractual del Estado, cuyo propósito se encuentra encaminado a garantizar la objetividad, la igualdad y la imparcialidad en los distintos procedimientos que adelanta la Administración Pública para la escogencia de sus contratistas, como también a garantizar que sus actuaciones sean publicitadas y conocidas por todos los interesados, lo cual permite que puedan ser controvertidas.

El numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 30 numeral 2º de ese mismo estatuto, impone a las Entidades Estatales Contratantes el deber de elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia con anterioridad a la apertura misma de las correspondientes licitaciones o concursos, al tiempo que ordena que dichos pliegos o términos de referencia contengan reglas claras, justas y completas que permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole, que aseguren la escogencia objetiva del contratista y que eviten la declaratoria de desierta de la licitación; en dichos pliegos, la entidad pública debe definir el objeto del contrato, las condiciones de costos, precio y calidad, los derechos y deberes de las partes y determinará los factores objetivos de selección del contratista²⁵.

Estos imperativos legales desarrollan el principio de transparencia y garantizan la efectividad del principio de selección objetivo, a los cuales, a su turno, deben orientar la actividad contractual de las Entidades Estatales, al tiempo que constituyen presupuesto indispensable de la legalidad de la contratación pública, desde su misma génesis o formación.

Ahora bien, cuando la Administración no cumple a cabalidad las cargas de claridad y precisión que deben informar la elaboración de los pliegos de condiciones o los términos de referencia, al punto que una vez publicados susciten entre los respectivos interesados en participar en el procedimiento de selección,

administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 10 de julio de 2001, Exp. 13681).

²⁵ Como anota CASSAGNE "Los pliegos de las licitaciones y concursos públicos contienen un conjunto de prescripciones que comprenden desde reglas de procedimiento, requisitos técnicos y financieros de las ofertas, criterios de selección hasta cláusulas de naturaleza contractual que regirán la futura relación con el adjudicatario." Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999, pág. 50.

Como lo ha manifestado de antaño la Sala, los pliegos contienen dos tipos de normas, unas definen las condiciones jurídicas y técnicas que regirán la futura relación contractual y las otras las condiciones jurídicas y técnicas exigidas a los candidatos y los criterios de selección del contratista.

dudas o inquietudes fundadas y reiterativas respecto de determinados ítems o elementos integrantes del mismo, la Administración está en la obligación de absolverlas con absoluta nitidez, del tal modo que zanje cualquier dualidad interpretativa que frente al mismo hubiere lugar. En tal virtud ante cualquier respuesta a una inquietud surgida del pliego de condiciones o términos de referencia que le confiera un significado definitivo y trascendente que antes de resolver el interrogante y de cara a su imprecisión no tenía, a juicio de la Sala, la Administración no puede quedar relevada de su estricta observancia pretextando que la susodicha aclaración no tiene fuerza vinculante por no estar contenida en un adendo.

A propósito de la formalidad del adendo a la que alude la parte demandada apelante, sea esta la oportunidad para precisar que si bien normativamente se ha establecido que cualquier modificación al pliego de condiciones o términos de referencia está llamada a implementarse a través de adendos²⁶, lo cierto es que la norma no estableció algún tipo de exigencia formal para su expedición.

Una vez consultado el significado literal de la palabra adendo se encuentra que corresponde a un *“Conjunto de textos que se añaden a una obra escrita ya terminada o a una de sus partes para completarla y actualizarla.”*²⁷ De ahí que constituirá un adendo, todo lo que adicione, agregue o complete el texto inicial, es decir que contenga una previsión que el documento original no tenía.

Siguiendo el lineamiento expuesto, en criterio de la Sala, independientemente de que el contenido de la modificación se encuentre comprendido en un documento que no tenga el rótulo de “adendo”, la ausencia de tal formalismo en nada varía la intención que se pretendió depositar en el respectivo escrito y en tal virtud si lo que se persiguió a través de su suscripción por parte de la entidad pública era añadir, adicionar, reemplazar o cambiar una condición inicial que al mutarla derive en un supuesto distinto, así habrá de ser entendido por sus destinatarios y mucho más por la entidad de la que emana, de tal forma que lo allí se consigne será vinculante tanto para la Administración contratante como para los oferentes.

²⁶ Art.7 del Decreto 2474 de 2008. Derogado por el art.9.2 del Decreto 734 de 2012.

Artículo 7°. *Modificación del pliego de condiciones.* Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 2025 de 2009. La modificación del pliego de condiciones se realizará a través de adendas. La entidad señalará en el pliego de condiciones el plazo máximo dentro del cual puedan expedirse adendas, o, a falta de tal previsión, señalará al adoptarlas la extensión del término de cierre que resulte necesaria, en uno y en otro caso, para que los proponentes cuenten con el tiempo suficiente que les permita ajustar sus propuestas a las modificaciones realizadas. En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello. Los efectos del texto subrayado fueron suspendidos provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 1 de abril de 2009, Rad. 2009-00024-00(36476), confirmado mediante providencia de mayo 27 de 2009.

²⁷ Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. © 2007 Larousse Editorial, S.L.

En ese orden de ideas, sea que se llame adendo, oficio, resolución, acto administrativo, circular, comunicación, dejando de lado el formalismo de la denominación, cuya solemnidad, como se anotó, no está definida por el ordenamiento, si de su contenido esencial se extrae con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones o de los términos de referencia y a ello se suma que se trata de un documento institucional que emana de la entidad pública directora del procedimiento precontractual y que es dado a conocer a todos los interesados, entonces no queda más que concluir que su fuerza obligatoria se irradia a todas las partes del proceso precontractual quienes deberán acatarlo con el mismo vigor que se observa respecto de las previsiones del pliego de condiciones.

Dicho lo anterior resulta propicio para la Sala en esta oportunidad ahondar sobre la cuestión relativa a la facultad de modificar los pliegos de referencia y/o términos de condiciones en cabeza de la entidad a la luz tanto del Estatuto de Contratación Estatal recogido en la Ley 80 de 1993, normativa vigente en la época de celebración de los contratos que se acusan incumplidos, así como en las normas que lo modificaron.

Con la expedición de la Ley 80²⁸ de 1993 se estableció la posibilidad de que la entidad pública directora del procedimiento precontractual modificara los pliegos de condiciones, incluso, hasta el mismo día del cierre del plazo para presentar las propuestas, siempre que la entidad así lo estimara conveniente o se elevara

²⁸ Art. 30 ley 80 de 1993.

(...).

Numeral 4. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia.

Numeral 5.- El plazo de licitación o concurso, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones o términos de referencia, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.

“Cuando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes que hayan retirado pliegos de condiciones o términos de referencia, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado.

petición en ese sentido por un determinado número de personas que hubieren retirado los pliegos.

Posteriormente con la expedición de la Ley 1474²⁹ de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, esa facultad fue mantenida no obstante haberse introducido algunas variaciones respecto del plazo en que podían expedirse dichas modificaciones, en el sentido de disponer que el término para realizarse no podría exceder de tres días hábiles anteriores al vencimiento del plazo de cierre para presentar propuestas.

Como se observa, con sustento en las dos legislaciones referidas es posible que la Administración dentro de un procedimiento precontractual pueda introducir modificaciones al pliego de condiciones y/o términos de referencia con las debidas restricciones en cuanto a los plazos que allí mismo se contemplan.

Con todo, aun cuando de la lectura textual del inciso segundo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 emerge con claridad la existencia de un límite de contenido temporal para la expedición de los respectivos actos modificatorios, lo cierto es que la interpretación armónica y sistemática de todo el articulado normativo comprendido en dicho estatuto impone reconocer también la existencia de una limitación de contenido material en tanto la naturaleza misma del pliego de condiciones así lo impone.

En relación con este aspecto no puede perderse de vista que en cuanto el pliego de condiciones contiene y establece el procedimiento de selección, esto es el marco que regula todos y cada uno de sus elementos, no resultaría jurídicamente procedente la modificación de sus aspectos sustanciales, tales como, a manera de ejemplo su objeto o los criterios de selección o la ponderación precisa y detallada de aquellos, en la medida en que todos esos aspectos constituyen puntos cardinales, básicos, que fungen como factores característicos de determinado

²⁹ **Artículo 89. Expedición de adendas.** El inciso 2° del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 quedará así:

"(...) "Cuando lo estime conveniente la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes, dicho plazo se podrá prorrogar antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado. En todo caso no podrán expedirse adendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el término del mismo. La publicación de estas adendas sólo se podrá realizar en días hábiles y horarios laborales".

procedimiento en virtud de los cuales los interesados acuden libremente a participar en el mismo y a depositar sus expectativas en las resultas de la limpia competencia que envuelve, de tal modo que un cambio intempestivo e injustificado de aquellas circunstancias que en un inicio lo hicieron llamativo, sin duda puede convertirse en un obstáculo indebido que impide de forma caprichosa y arbitraria la libre participación de los interesados, variación que no puede ser prohijada ni por el legislador, ni por las instancias judiciales.

Sin embargo, los casos anotados anteriormente como cuestiones o aspectos inmodificables e intangibles del pliego de condiciones y/o de los términos de referencia o de sus equivalentes no pasan de ser ilustrativos, pues una determinación de tal envergadura incluso puede cobijar situaciones distintas a las que quedaron descritas, por lo cual para arribar a tal conclusión será indispensable realizar en cada caso un análisis que deberá abordarse a la luz de las circunstancias y particularidades que lo rodeen, sin que sea posible anticipar un listado detallado o taxativo de tales aspectos.

Lo expuesto cabe igualmente predicarlo de la previsión normativa contemplada en el artículo 89 del Estatuto Anticorrupción, dentro del cual, si bien se consagró con precisión un límite temporal para realizar las modificaciones a los pliegos de condiciones y/o términos de referencia, nada dijo en relación con los linderos de tipo de material o de contenido a los que en esta oportunidad se refiere la Sala. Por contera, las conclusiones aquí extraídas en cuanto a la inviabilidad de modificar de manera sustancial dichos documentos a la luz de los postulados de la Ley 80, sin duda están llamadas a incorporarse en los procedimientos de selección adelantados bajo la vigencia de la Ley 1474 de 2011.

Ahora bien, sea que se trate de una modificación del pliego realizada al amparo de una u otra norma, aun cuando existe la consagración positiva de un límite temporal, el cual, en vigencia de la Ley 80 de 1993 correspondió al mismo día del cierre de la licitación y en el régimen del Estatuto Anticorrupción no podrá desconocer el plazo de los tres días anteriores a esa fecha, en todo caso esa facultad deberá ejercerse de manera prudencial, de tal modo que el tiempo con cuya antelación se realice la modificación del documento permita a todos a cada uno de los interesados en condiciones de igualdad, ajustar sus propuestas a las nuevas exigencias.

De ahí que aun cuando la misma ley dispusiera que la modificación podría realizarse hasta el mismo día del cierre, su realización en esa oportunidad solo resultaría viable jurídicamente en cuanto posibilitara a los interesados conocer con suficiente antelación e incluso poder atender la reforma en el período concedido, pues de lo contrario sin duda quedaría revelado o al descubierto el propósito de la entidad de favorecer intereses distintos a los tutelados por el ordenamiento jurídico. Lo mismo ocurre en los eventos cobijados por el Estatuto Anticorrupción, pues si bien otorga un plazo de tres días anteriores al término del cierre, la viabilidad jurídica de la modificación efectuada en ese momento estará condicionada a que se trate de un término prudencial y suficiente para que todos los interesados en participar en el procedimiento de selección tengan la posibilidad real y efectiva de acatar las correcciones del caso y puedan presentar su propuesta oportunamente.

Habiendo puesto claridad al anterior escenario y regresando al caso bajo examen, la Sala advierte que el hecho de que la aclaración vertida en el oficio No. 24833 del 7 de septiembre de 2001 por el Grupo de Apoyo a la Contratación del IDR no se hubiere incluido en un documento que formalmente se hubiere denominado “adendo”, ello de ninguna manera le resta obligatoriedad o fuerza vinculante tanto para quien lo emite, como para sus destinatarios, además de todo lo expuesto anteriormente, por las razones que seguidamente se explicarán.

5.2.1. Los principios de confianza legítima en las actuaciones de la Administración y buena fe que debe regir las relaciones contractuales.

Como resulta apenas natural, la entidad pública en su calidad de directora del proceso contractual, condición de la cual se encuentra revestida por disposición legal, no sólo desde el momento de la celebración del negocio jurídico, sino desde que en su interior nace la necesidad de celebrarlo y se emprenden todas las actividades encaminadas a lograrlo, en sus actuaciones entraña el desarrollo, entre muchos otros, del principio general de confianza legítima cuya materialización no es otra diferente que la de amparar de legalidad y legitimidad actuaciones desplegadas por la Administración.

En relación con la aplicación de este principio en materia de contratación estatal, la doctrina nacional ha considerado que:

“... la confianza legítima se explica en la necesidad de proteger situaciones que se encuentran en mitad de camino entre los conceptos de derechos adquiridos y meras expectativa obedece a la necesidad de amparar situaciones a partir de las cuales jamás se podría consolidar un derecho porque pueden llegar incluso a calificarse como ilegales pero que merecen protección del Estado en razón a la actuación de buena fe de quién se encuentra en esa situación así como los signos externos de parte del Estado que le han permitido pensar que su situación se encuentra cubierta por la Ley.

“En razón a una actuación de buena fe dentro de la cual no ha existido negligencia reprochable que influya en la situación en la que se encuentra el individuo, sumada a signos externos los suficientemente idóneos para generar la confianza, respecto del estar amparada por la legalidad, se concluye que el mismo Estado debe acudir en su protección y que jamás podrá desconocerse su situación ya que esto sería tanto como ir contra sus propios actos.”³⁰

Por su parte, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de explicar el alcance del principio de confianza legítima en los siguientes términos:

“Este principio pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege.”³¹

A propósito de la relación existente entre la teoría de los actos propios y el principio de la confianza legítima, debe precisarse que de ambos se deriva para los administrados la garantía de que las autoridades del Estado no van a sorprenderlos con actuaciones o decisiones contrarias a aquellas que anteladamente emanaron de la misma entidad pública y en virtud de las cuales se generó un convencimiento frente a determinadas materias.

Es así cómo la aplicación del principio de confianza legítima en las eventualidades en donde se alega su vulneración, de manera inescindible debe estar

³⁰ DE VIVERO ARCINIEGAS Felipe, Revista de Derecho Público No. 17 de Mayo de 2004. Universidad de los Andes. Pag. 123 y 124.

³¹ Corte Constitucional T-417 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

acompañada del principio de buena fe, el cual a su turno tiene una doble dimensión, según la perspectiva desde la cual se exija.

Como primera medida se encuentra la buena fe que debe observar el administrado, quien confiando de manera sana y transparente en las actuaciones de la Administración, desplegó actividades o asumió conductas con el convencimiento de estar amparadas jurídicamente, pero que finalmente fueron desconocidas por la misma entidad estatal a pesar de haber emitido signos externos que dieron lugar a que el particular adquiriera esa certeza.

Así lo entendió en pasada oportunidad la Sección Tercera de esta Corporación, la cual además precisó los requisitos de orden fáctico que debía reunirse para acreditar la vulneración del principio de confianza legítima:

“Los principios de confianza legítima del particular en las actuaciones del Estado o de la buena fe en las actuaciones de los administrados, derivadas de los principios de legalidad, igualdad y seguridad jurídica propios del Estado Social de Derecho, limitan las decisiones discrecionales de la administración cuando se dirigen a modificar de manera abrupta, aunque válida y legítima, derechos de particulares.

“(..)

“De este modo, resulta evidente que la aplicación de la buena fe en las actuaciones de los particulares y del Estado no sólo es un principio general del derecho y de ética de comportamiento, sino que es un precepto de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, la constitucionalización de este principio en el artículo 83 de la Carta evidencia su carácter correlativo o recíproco, pues supone, de un lado, la garantía para el administrado de que el Estado presuma que así actúa frente a él y a los demás particulares y, de otro, el deber de comportarse de buena fe en todas las relaciones, de tal forma que tanto la administración como el administrado deben adoptar comportamientos leales en el desenvolvimiento de sus relaciones.

“En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia han concluido que, para que la confianza del particular sea digna de protección jurídica, es necesario que reúna las siguientes condiciones principales: i) La estabilidad que modifican los poderes públicos debió generar una expectativa razonable y cierta, pues debió apoyarse en signos externos y concluyentes de que la actuación era válida ii) el conflicto entre la necesidad de preservar el interés público y el interés privado de quien se encuentra amparado por los principios de seguridad jurídica y legalidad, debe resolverse a favor del primero, iii) “se exige una antijuricidad, no tanto como conducta ilegal, sino en el sentido de que el sujeto que sufre los daños y perjuicios por la actuación administrativa no tiene el deber de soportar los mismos y, a este respecto, la jurisprudencia ha admitido la quiebra de la confianza en las expectativas legítimas como una causa adecuada e idónea para el resarcimiento de daños y perjuicios, pero rechaza con idéntica fuerza

aquellos supuestos en que la confianza del ciudadano obedece a un puro subjetivismo”, iv) el comportamiento previo a la constitución de las relaciones debe ser claro, inequívoco y veraz.”³²

Desde una segunda óptica, igualmente el principio constitucional de buena fe funge como elemento esencial de todas las actuaciones que debe adelantar la Administración en materia de contratación estatal, durante todas las etapas que la conforman, so pena de incurrir en responsabilidad por los daños antijurídicos resultantes de su inobservancia:

“El principio de la buena fe que se sustenta en el valor ético de la confianza constituye la base de las relaciones jurídicas, que impone a los sujetos de derecho determinados comportamientos y reglas de conducta, tanto en el ejercicio de sus derechos como en el cumplimiento de sus obligaciones.

“La buena fe ha sido considerada por la doctrina como el tipo de conducta social que se expresa en la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado y diligente que supone necesariamente no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, guardar fidelidad a la palabra dada y conducirse de forma honrada en cada una de las relaciones jurídicas³³; también ha señalado que todo comportamiento de una de las partes (deudor o acreedor, autoridad o súbdito), contrario a la honestidad, a la lealtad, a la cooperación, etc., entraña una infracción del principio de la bona fides porque defrauda la confianza puesta por la otra parte, que es el fundamento del tráfico jurídico.³⁴

“El principio general de la buena fe tiene consagración constitucional en el artículo 83³⁵, norma suprema que introduce el postulado de la “bona fides” en el ámbito del derecho público para regular las relaciones entre el Estado y los administrados, imponiendo cierto límite a las potestades de que está investida la Administración para evitar que se tornen en arbitrariedad.

“El Código Civil no fue indiferente ante tan cardinal principio, por lo cual dispuso en su artículo 1603 que los contratos celebrados entre los particulares, “deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no solo en lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”; igualmente, el artículo 871 del Código de Comercio, reiteró este principio en similares términos al disponer: “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural”, reconociendo así la dimensión e importancia que a dicho principio le corresponde en el ámbito contractual.

“En el campo de la contratación estatal, la Ley 80, consagra la buena fe

³² Sección Tercera del Consejo de Estado, 5 de diciembre de 2005, Exp. 12558, C.P. Alier Hernández Enríquez.

³³ DAVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Editorial Legis, 2003, página 662.

³⁴ ESCOBAR GIL, Rodrigo, Teoría General de los contratos de la Administración Pública, Editorial Legis, Bogotá, 2000, página 459.

³⁵ El artículo 83 constitucional reza: “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.”

como principio orientador de las relaciones contractuales en varias de sus disposiciones; así, el artículo 23 ordena que las actuaciones de quienes intervienen en la contratación estatal se desarrollen con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa (art. 209 de la C.P.), con aplicación de las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

“Por su parte, el artículo 25-2 de la misma ley, impone el deber, a los contratistas, de obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilaciones y entorpecimientos en el desarrollo del contrato y el artículo 28 prescribe que las normas y cláusulas contractuales habrán de ser interpretadas bajo los mandatos de la buena fe.”³⁶

Así pues, el principio de buena fe impone a las partes una actitud de lealtad mutua, de fidelidad, honestidad y permanente colaboración en la relación contractual, con el fin de garantizar la ejecución óptima y eficiente del objeto contractual y de procurar la satisfacción de los fines de interés público comprometidos con la contratación.

El profesor González Pérez³⁷, al referirse al principio de buena fe en la ejecución del contrato, expresa que lo exigido es que cada parte haga honor a la confianza que hay en ella depositada, que se atienda a las imposiciones de la lealtad y al principio de equivalencia de prestaciones, que se deseche cualquier tentativa de enriquecimiento injusto a costa de su co-contratante y que no se exija el cumplimiento de prestaciones onerosas para la otra parte e inútiles para quien las reclama.

Descendiendo al caso concreto en punto a las razones que sustentan la fuerza vinculante de la manifestación del INSTITUTO DISTRITAL DE RECREACION Y EL DEPORTE contenida en el oficio No. 24833 del 7 de septiembre de 2001 mediante el cual resolvió la inquietud formulada por el Consorcio Condival – E.J.M., dentro de las invitaciones públicas Nos. 24, 25, 26, 28 y 29 en el sentido de expresar que *“el área que se va a pagar es el área total del parque”*, a la luz de todos los antecedentes jurisprudenciales y doctrinales citados para esta Sala, resulta claro que lo expresado en el mencionado oficio resultaba de imperativo acatamiento para la Entidad Estatal Contratante.

³⁶ Sección Tercera del Consejo de Estado, 29 de agosto de 2007, Exp: 15469.

³⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *“El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo”* Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1983, Pag 241.

Sobre este aspecto se reitera que en la elaboración de los pliegos de condiciones y términos de referencia la Administración debe cumplir con las cargas de claridad y precisión en cuanto a las reglas, requisitos y demás elementos que allí se incluyen. Cuando esas cargas no se cumplen a cabalidad, el legislador ha previsto la posibilidad de que exista una etapa precontractual³⁸ destinada a aclarar y a resolver las inquietudes que en torno al documento puedan surgir, etapa que como todas las demás debe respetar los principios de publicidad y de buena fe en la medida en que todos los interesados deberán conocer las preguntas formuladas por los aspirantes a participar y las respuestas emitidas por la entidad frente a las mismas.

Derívase de lo expuesto que en las respuestas y aclaraciones a los interrogantes de los interesados, la entidad mantiene el deber de cumplir con las aludidas cargas de claridad y precisión, incluso con mayor exigencia a la que se demanda en la confección de los pliegos o términos de referencia, pues en la mayoría de los casos la formulación de la pregunta se origina en alguna laguna u oscuridad frente a determinado punto del pliego y en tal medida es esa la oportunidad con que cuenta la entidad estatal para enmendarla y enderezar cualquier motivo de duda que pudiera surgir sobre el particular.

De la revisión de los términos de referencia de las invitaciones públicas Nos. 24, 25, 26, 28 y 29 se desprende que aun cuando en la cláusula que se ocupó de la descripción del "objeto de los contratos" se indicó que las actividades a realizar corresponderían a la poda de césped y mantenimiento de zonas verdes, lo cierto es que no se plasmó una cláusula a partir de la cual se estableciera con claridad que la oferta económica debía elaborarse con base en los metros cuadrados correspondientes exclusivamente al área de las zonas verdes. Si bien en el acápite de la oferta económica se estableció que el valor integral máximo del precio del M2 era de \$40 pesos y que el proponente debía indicar el valor de su oferta para servicio de corte por metro cuadrado, lo cierto es que al interpretar dicha cláusula en conjunto con la contentiva de los requisitos técnicos, lo cuales, como se anotó anteriormente, también hicieron parte integral del objeto de los contratos por corresponder al componente obligacional de los mismos, no permitía obtener mayor claridad frente al pago, si se tiene en cuenta que un gran número

³⁸ Art. 30 numerales 4 y 5 Ley 80 de 1993.

de las obligaciones que allí se previeron a cargo del contratista debían ejecutarse en zonas duras.

Es por ello que emergieron varias preguntas en torno al tema de la oferta económica, una de ellas la que formuló el Consorcio Condival – E.J.M., la cual dio origen a la respuesta de la Administración que posteriormente ella misma desconoció en la etapa de ejecución y cuyo alcance y contenido interpretativo ya fue abordado por esta Sala en acápite anterior, en el cual se concluyó que el escrito resultó suficientemente claro al precisar que lo que se iba a pagar por metro cuadrado correspondía al área total del parque.

Sin duda a través de su expedición la Administración Distrital, por conducto de la dependencia encargada del procedimiento de selección contractual, Coordinación del Grupo de Apoyo a la Contratación del IDR, generó confianza a los interesados en participar en las invitaciones públicas de la referencia respecto del área que sería materia de reconocimiento económico, tanto por la literalidad de los términos en que quedó plasmada, como por la fuente de la que provino. Quién más que la misma entidad estatal que elaboró los términos de referencia, que estructuró el procedimiento de selección, que realizó los estudios previos y de conveniencia que lo motivaron podría estar legitimada y suficientemente informada para dar una respuesta clara y puntual frente a la incertidumbre que surgió en torno al alcance de dichos documentos precontractuales. En virtud de dicha legitimación la respuesta al interrogante planteado por el demandante no podía ser desconocida después por su propia autora.

A lo anterior se suma que el referido oficio fue expedido dentro de la etapa prevista legalmente para el efecto y se dio a conocer oportunamente, esto es antes del cierre de las invitaciones públicas, a todos los interesados en participar.

Todo lo anotado permite concluir que la pluricitada respuesta a la aclaración cumplió con los requisitos de forma en cuanto estuvo contenida en un escrito, no fue expedida extemporáneamente, ni de manera clandestina, de tal suerte que era perfectamente entendible para el ahora demandante que la misma estaba revestida de legalidad y en tal virtud comprometía a la Administración, indistintamente de que estuviera recogida o no en un adendo, circunstancias con

apoyo en las cuales es viable concluir que el demandante obró amparado en la confianza legítima que le generó la respuesta de la entidad estatal contratante.

De otro lado, para la Sala no hay elemento de juicio alguno que permita evidenciar que el contratista haya incurrido en mala fe. Por el contrario, al apreciar en conjunto el acervo probatorio se desprende que el contratista celebró el contrato con la sana convicción de que la remuneración a la cual tenía derecho se encontraba respaldada por la respuesta expresa de la entidad contratante y, en consecuencia, como era natural, si pretendía obtener el pago correspondiente al metro cuadrado del área de todo el parque, incluidas zonas verdes y zonas duras, ello le permitía ofertar un precio unitario más bajo, por lo cual a través de sus propuestas, además de cumplir todos los demás requisitos exigidos, ofertó el precio que según la Administración era el más favorable y resultó ser el adjudicatario de las cinco invitaciones públicas.

No obstante, tras la celebración de los contratos y antes de iniciar su ejecución, las partes sostuvieron una reunión en la que la propia Administración puso de presente que el precio a reconocer sería el correspondiente a los metros cuadrados de las zonas verdes, sin incluir las zonas duras, frente a lo cual el contratista a través de oficio dirigido al Instituto manifestó su desacuerdo, se reservó el derecho de reclamar por la modificación unilateral de las condiciones de los contratos, al tiempo que advirtió que en acatamiento de sus obligaciones contractuales daría inicio inmediato a la ejecución de los contratos. En efecto, los contratos fueron ejecutados dentro del plazo acordado y ello se recibió a satisfacción por los diferentes interventores designados en cada uno de los negocios aludidos.

Cuestión diferente se vislumbra en lo que toca con la actuación de la entidad pública, puesto que no otra cosa podía interpretarse al leer el contenido de su oficio No. 24833 del 7 de septiembre de 2001, esto es que el precio a reconocer por la ejecución de las actividades contratadas se calcularía con base en el área total del parque, manifestación que a todas luces resultaba vinculante y obligatoria para el Instituto pues a partir de la misma se instruyó a los aspirantes respecto de los factores espaciales que debían tenerse en cuenta para calcular el valor unitario y desde ningún punto de vista la Administración podía sustraerse a su reconocimiento en la etapa de ejecución contractual, como en efecto lo hizo, en

detrimento económico de su colaborador contratista, pretextando no estar contenida en un acto administrativo bajo la forma de adendo.

Tal proceder de la Administración no consultó el principio de la buena fe cuya efectividad se vió seriamente maltratada en el presente caso debido a su censurable actuación. No es posible aceptar que la entidad estatal en la etapa previa a la celebración del contrato oriente a las personas interesadas en ser sus adjudicatarias sobre el método de medida que debe emplearse para calcular una oferta económica, pero que una vez acatada su directriz por los oferentes al estructurar y presentar sus propuestas, las evalúe, adjudique los contratos pero antes de iniciar su ejecución pretenda desconocer los lineamientos por ella misma impartidos para calcular la forma en que se efectuaría el pago del objeto contratado.

Con sujeción a lo advertido, se impone concluir que en virtud de los principios de confianza legítima de la actuación de la Administración y de buena fe que deben informar las relaciones contractuales en sus etapas de formación, ejecución y liquidación, la respuesta a la solicitud de la aclaración elevada por el Consorcio Condival – E.J.M. recogida en el oficio No. 24833 del 7 de septiembre de 2001 sin lugar a dudas revestía un carácter vinculante y de obligatoria observancia para la Administración.

5.3. Del incumplimiento contractual.

A este respecto resulta conveniente reiterar, como lo ha puesto de presente la Sala de tiempo atrás, que el pliego de condiciones o los términos de referencia constituyen la ley tanto del procedimiento administrativo de selección contractual como del contrato a celebrar y se traduce en un conjunto de cláusulas elaboradas unilateralmente por la Administración, con efectos obligatorios, para disciplinar tanto el desarrollo y las etapas del procedimiento administrativo de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con

aquella en la realización de un fin de interés general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes.³⁹

Tal obligatoriedad del pliego le ha merecido el calificativo de "*ley de la licitación*" o "*ley del contrato*"⁴⁰, en cuanto que sus disposiciones si bien regulan la etapa de formación del contrato mientras se cumple el procedimiento de selección objetiva del contratista, lo cierto es que sus efectos trascienden su celebración al punto de regular las relaciones entre las partes, constituye una verdadera fuente de derechos y de obligaciones y permanece aún para la etapa final, al momento de la liquidación.

Igual condición cabe predicar respecto de los adendos cuya vocación no es otra que modificar alguna previsión o cláusula del pliego de condiciones o de los términos de referencia y en tal virtud indefectiblemente se entienden incorporados al contenido obligacional de estos documentos.

Ahora entrándose de las respuestas a las solicitudes de aclaración y observación elevadas frente a los pliegos o términos de referencia, la Sala no encuentra justificación alguna para admitir que su suerte sea distinta. Desde ninguna perspectiva resulta razonable que las directrices, orientaciones o respuestas que la propia entidad estatal contratante brinda ante las solicitudes de aclaración o ante las inquietudes que se susciten en relación con su contenido no formen parte integral del documento que pretenden aclarar o cuya dualidad interpretativa se requiere enmendar.

No puede perderse de vista que su importancia radica precisamente en zanjar toda duda o discrepancia en lo que atañe a las reglas que deben regir tanto el procedimiento de selección, como la ejecución del contrato resultante del mismo. De ahí que desconocer su naturaleza obligacional y su virtualidad para integrar tanto el pliego como el negocio jurídico resultaría a todas luces inconsecuente con la finalidad perseguida por el Estatuto de Contratación Estatal al instituir una etapa

³⁹ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de mayo de 1999, Expediente 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández.

⁴⁰ "*Por la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones como elemento o fase imprescindible en los regímenes licitatorios de selección en lo atinente a la preparación, emisión y ejecución de la voluntad contractual, la doctrina con todo acierto, lo ha denominado "**la ley del contrato**" por cuanto establece cláusulas que son fuentes principales de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación y de las partes en la contratación*" (Dromi, José Roberto, *La licitación Pública*, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002 página 196)

destinada exclusivamente a absolver dudas y a responder solicitudes de aclaración.

Desconocer la fuerza vinculante de tales respuestas, interpretaciones, directrices u orientaciones que la propia entidad estatal realice o imparte en relación con el sentido o el alcance de sus respectivos pliegos de condiciones equivaldría a aceptar la absoluta irresponsabilidad con que pudiera actuar la entidad en esa fase del procedimiento, en la cual como resulta irrefutable debe observarse la misma seriedad y compromiso que se le exige a la Administración a la hora de confeccionar los pliegos y durante todas las demás etapas tanto precontractuales como contractuales.

Descendiendo lo anotado al caso concreto la Sala reitera entonces que la respuesta contenida en el oficio No. 24833 del 7 de septiembre de 2001 emitida por la entidad estatal contratante administración a la solicitud de aclaración elevada por el Consorcio Condival – E.J.M., en virtud de la cual determinó que el precio a reconocer por la ejecución de las actividades contratadas se calcularía con base en el área total del parque, se integró plenamente a los términos de referencia y por contera al texto mismo de los contratos cuya declaratoria de incumplimiento se demandó.

Siguiendo el lineamiento trazado ha de advertirse que de conformidad con las probanzas obrantes en el plenario se acreditó que el Consorcio Condival – E.J.M., ejecutó a satisfacción el objeto de los contratos Nos. 288, 289, 290, 291 y 292 de 2001 celebrados con el Instituto Distrital de Recreación y el Deporte, según se evidencia de las actas de recibo a satisfacción de trabajos suscritas por los interventores designados para cada uno de los negocios. No obstante, la entidad estatal contratante desconoció la obligación emanada del referido oficio No. 24833 del 7 de septiembre de 2001 tal y como lo refleja el oficio No. 032340 del 19 de noviembre de 2001 mediante cuyo contenido la Directora General del IDRD informó al contratista que el Instituto sólo pagaría el número de metros cuadrados podados y como se evidencia de las actas de recibo de trabajos en las cuales la entidad reconoció únicamente el valor de metros cuadrados de zonas verdes de los parques intervenidos.

El demandado Instituto distrital incumplió la obligación contractual relativa al pago del precio del objeto contratado en las condiciones previstas en la etapa

precontractual y por tal virtud está en el deber de resarcir los perjuicios ocasionados al contratista como consecuencia de dicho incumplimiento.

Los perjuicios sufridos por el consorcio contratista con ocasión del incumplimiento contractual de la entidad distrital.

En lo que atañe a este punto, el Tribunal a quo acogió el dictamen pericial que se aportó con la demanda, el cual no fue objetado por la parte demandada dentro del término del traslado del mismo. Dicha experticia arrojó las siguientes conclusiones:

“Al CONSORCIO no se le pagó la totalidad de área de los parques según se puede cotejar entre el área pagada realmente en cada acta parcialmente y la lectura de los esquemas o croquis correspondientes en cada parque, donde se observa que solamente se pagó en cada acta el área verde del parque por el número de veces que fue podado.

Es decir no se pagó el área total de los parques pues faltó por pagar el área dura de los parques.

“(...).

“2). Se anexa un cuadro de las certificaciones solicitadas, donde se calcula el área dejada de pagar en cada contrato, en este se suma por una parte, el área de los parques, por otra, el área verde y por otra la diferencia, es decir, el área dura de cada uno de los parques, leídas estas en los planos o esquemas de medición que se adelantaron durante el contrato, antes del inicio de la poda, las cuales además están suscritas y verificadas por cada uno de los gerentes de cada zona del IDR. Al multiplicar por el número de veces que fue podado cada parque, es obtenida el área dura no pagada, la cual multiplicada por el valor unitario pactado resulta el valor no pagado de reclamación.

“(...).

“3).- Se anexa un cuadro donde se ACTUALIZAN LOS VALORES DEJADOS DE PAGAR, ES DECIR, LOS M2 DUROS DE PARQUE NO CANCELADOS, A UNA FECHA FUTURA CUALQUIERA (Oct,30/2002), dicho cálculo se obtuvo de acuerdo a lo dispuesto por la Ley 80 de 1993 y al decreto reglamentario 679 de 1994, es decir se aplicó el doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

CT		CICLO 1	CICLO	CICLO	CICLO	CICLO	TOTALE
O /			2	3	4	5	S
VA							
LO							

R UNI T							
288	FECHA DE PAGO DE FACTURAS	Febrero 28, 2002	Marzo 18, 2002	Mayo 9, 2002	Julio 29, 2002		
\$36.79	Días a hoy	244	226	174	93		
	Valor pagado	\$32'934.346.20	\$38'793.655.51	\$37'851.919.00	\$420.079.222		\$109'999.999.99
	Área pagada	895.198.32	1'054.461.96	1'028.864.34	11.418.30		2.989.942.92
	Área sin pagar	264.361.94	311.394.25	303.834.99	3.371.95		882.963.12
	Valor sin pagar	\$9'725.875.66	\$11'456.194.32	\$11'178.089.17	\$124.054.04		\$32.484.213
IPC 2001	Valor histórico actualizado	\$10'223.254.28	\$11'998.841.29	\$11'585.737.23	\$126.472.07		
Do ble tas a leg al civil	12%	\$820.101.06	\$891.530.34	\$662.767.65	\$3.866.93		
	Valor	\$11'043.	\$12'890	\$12'248	\$130.33		\$36'312.

	prese nte	355.33	.371.64	.504.89	9.00		570.85
289	Fecha de pago factur a	Enero 31, 2002	Abril 18, 2002	Mayo 9,2002	Julio 29, 2002		
\$37 ,39	Días a hoy	272	195	174	93		
	Valor pagad o	\$24'943. 467.24	\$27'464 .099.13	\$25'864 .966.22	\$25'866 .910.50		\$104'13 9.443.09
	Área pagad a	667.116. 00	734.530 .60	691.761 .60	691.813 .60		2'785.22 1.80
	Área sin pagar	289.665. 04	318.936 .79	300.366 .28	300.388 .86		1'209.35 6.98
	Valor sin pagar	\$10'830. 575.94	\$11'925 .046.68	\$11'230 .695.32	\$11'231 .539.54		\$45'217. 857
IPC 200 1	7.65%	\$617.43 1.85	\$487.37 5.02	\$409.56 6.54	\$218.92 2.71		
	Valor históri co actuali zado	\$11'448. 007.79	\$12'412 .421.71	\$11'640 .261.86	\$11'450 .462.24		
Do ble tas a civil	12%	\$968.52 0.54	\$764.50 9.84	\$642.45 7.31	\$343.40 8.17		
	Valor prese	\$12'416. 528.33	\$13.176 .931.55	\$12'282 .719.17	\$11'793 .870.41		\$19'670. 049.46

	nte						
290	Fecha de pago de factura	Marzo 19 de 2002	Marzo 19, 2002	Mayo 9, 2002	Julio 3, 2002	Agosto 26, 2002	
\$37.21	Días a hoy	225	225	174	119	65	
	Valor pagado	\$19'652.257.31	\$19'936.268.61	\$19'737.010.06	\$19'737.010.06	\$19'737.010.06	\$98'799.556.10
	Área pagada	528.144.51	535.777.17	530.422.20	530.422.20	530.422.20	2'655.215.16
	Área sin pagar	254.051.37	257.722.88	255.146.99	255.146.99	255.159.92	1'277.228.15
	Valor sin pagar	\$9'453.251.33	\$9'589.868.22	\$9'494.019.63	\$9'494.019.63	\$9'494.500.75	\$47'525.660
IPC 2001	7.65%	\$445.792.02	\$452.234.54	\$346.232.59	\$236.791.25	\$129.346.32	
	Valor histórico actualizado	\$9'899.043.36	\$10'042.102.76	\$9'840.252.22	\$9'730.810.88	\$9'623.847.07	
Doble tasa legal	12%	\$699.281.61	\$709.387.51	\$543.109.94	\$371.437.26	\$202.896.18	
	Valor	\$10'598.	\$10'751	\$10'383	\$10.102	\$9'826.	\$51'662.

	prese nte	324.96	.490.27	.362.16	.248.14	743.25	168.78
291 \$37 .58	Fecha de pago factur a	19 de marzo, 2002	3 de abril, 2002	Mayo 9, 2002	Agosto 26, 2002		
	Días a hoy	225	210	1747	65		
	Valor pagad o	\$30'184. 778.74	\$30'152 .161.55	\$30'155 .036.42	\$19'507 .830.98		\$109'99 9.807.69
	Área pagad a	803.213. 91	802.345 .97	802.422 .47	519.101 .41		2'927.08 3.76
	Área sin pagar	240.267. 92	240.008 .29	240.031 .17	155.280 .45		875.587. 82
	Valor sin pagar	\$9'029.2 68.30	\$9'019. 511.42	\$9'020. 071.39	\$5'835. 439.16		\$32'904. 590
IPC 200 1	7.65%	\$425.79 8.03	\$396.98 2.06	\$328.95 9.35	\$79.497 .87		
	Valor históri co actuali zado	\$9'455.0 66.33	\$9'416. 493.48	\$9'349. 330.74	\$5'914. 937.03		
Do ble tas a leg al	12%	\$667.91 8.48	\$622.71 6.95	\$516.01 4.67	\$124.70 2.54		
	Valor	\$10'122.	\$10'039	\$9'865.	\$6'039.		\$36'067.

	prese nte	984.81	.210.43	345.41	639.56		180.22
292 \$37 .42	Fecha de pago factur a	Enero 31, 2002	Marzo 19, 2002	Mayo 9,2002	Junio 7, 2002	Agosto 16, 2002	
	Días a hoy	272	225	174	145	75	
	Valor pagad o	\$22'232. 888.69	\$21'709 .008.69	\$21'709 .008.69	\$21'991 .865.89	\$22'357 .227.46	\$109'99 9.999.4
	Área pagad a	594.144. 54	580.144 .54	580.144 .54	587.703 .52	597.467 .33	2'939.60 4.47
	Área sin pagar	160.986. 23	157.192 .86	157.192 .86	159.241 .01	161.886 .55	796.499. 52
	Valor sin pagar	\$6'024.1 04.71	\$5'882. 156.99	\$5'882. 156.99	\$5'958. 798.46	\$6'057. 794.88	\$29'805. 012
IPC 200 1	7.65%	\$343.42 3.48	\$277.38 8.02	\$214.51 3.40	\$181.09 0.33	\$95.223 .56	
	Valor históri co actuali zado	\$6'367.5 28.20	\$6'159. 545.01	\$6'096. 670.39	\$6'139. 888.80	\$6'153. 018.44	
Do ble tas a leg al	12%	\$538.70 3.50	\$435.11 8.46	\$336.49 1.61	\$284.06 3.27	\$149.37 0.28	
	Valor	\$6'906.2	\$6'594.	\$6'433.	\$6'423.	\$6'302.	\$32'660.

	prese nte	31.70	663.47	162.00	952.07	388.72	397.96
						Total reclam o	\$187'93 7.332
						Reclam o a oct. 30/2002	\$206'37 2.367

En cuanto a la práctica de la anterior prueba pericial observa la Sala que la experticia fue rendida extraprocesalmente por un ingeniero civil y una contadora y fue aportada al expediente como anexo de la demanda, junto con los soportes que le sirvieron de base, a saber: esquema de levantamiento correspondiente a todos los parques que debían intervenir en desarrollo de los contratos Nos. 288. 289, 290, 291 y 292 de 2001, en cuyo contenido además de los respectivos gráficos se discrimina el nombre del parque, la dirección, el código, el área total del parque, el área de zonas verdes y el área de zonas duras.

El Tribunal a quo mediante auto del 12 de junio de 2003 dio apertura al debate probatorio y en el numeral 3 de las *"pruebas pedidas por la parte actora"* dispuso *"Del dictamen pericial aportado al proceso visible en las A-Z números 3 y 4 emitido por el Ingeniero Alejandro Rodríguez y la Contadora pública María Estupiñan dése traslado a las partes por el término de tres (39 días" (fl.215-216 c1).*

Durante el término de traslado concedido, la entidad demandada, promovió incidente de nulidad alegando la indebida notificación del auto admisorio de la demanda con el argumento de que aun cuando con la demanda se aportaron los documentos contentivos de dictamen, los mismos no le fueron entregados como anexos de la demanda a la hora de realizar la notificación.

Surtido el traslado del incidente, el Tribunal a quo mediante auto del 21 de agosto de 2003 resolvió negar la nulidad propuesta con base en las siguientes consideraciones:

“Si bien aun cuando se realizó la notificación el señor representante legal del Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte no se le entregaron la totalidad de los anexos de la demanda no quiere decir con lo anterior que con ese hecho se haya violado el debido proceso o el derecho de defensa como lo alega el incidentante pues, dentro del escrito de demanda está la relación de pruebas aportadas y existe un subtítulo denominado “Pericial” en donde se expresa la existencia de un experticio que se acompaña al presente escrito, es decir, aunque no se hayan aportado dentro de los anexos, el demandado se pudo enterar de su existencia con la mera lectura de la demanda debiendo hacer el respectivo pronunciamiento si lo consideraba necesario en la contestación de la misma pero ello no fue así.

“Por lo anterior si existió alguna irregularidad ésta quedó saneada con el actuar de la demandada al no alegarla oportunamente de conformidad a lo señalado en el inciso 1 del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil. Por otra parte, frente al referido dictamen es claro que mediante auto de fecha doce (12) de junio de dos mil tres (2003) en el numeral 3° -pedidas por la actora- se dio traslado a las partes por el término de tres (3) días para que éstas se pronunciaran si lo consideraba pertinente, solicitando alguna aclaración, adición u objeción, pero venció dicho término sin existir pronunciamiento alguno.

“En las anteriores condiciones no se le pretermitió a la parte oportunidad alguna para que ésta hiciera uso del derecho de defensa y menos aún existe alguna manifestación que atente contra el principio constitucional del debido proceso.”

En su escrito de alegaciones presentado en el trámite de la primera instancia la entidad demandada no hizo referencia alguna al contenido de la prueba pericial en el sentido de cuestionar los valores allí arrojados.

Al respecto, la Sala advierte que la Ley 446 de 1998 en su artículo 10⁴¹ facultó a las partes para aportar experticias o conceptos periciales dentro de las oportunidades previstas para la solicitud y presentación de pruebas. A ello se suma que al referido dictamen se le dio la debida contradicción sin que la parte demandada se hubiere opuesto a su contenido.

Adicionalmente se tiene que la metodología con base en la cual se rindió el dictamen, en criterio de la Sala, fue pertinente en la medida en que en efecto, los perjuicios sufridos por el demandante se concretaron en la falta de pago de las

⁴¹ ARTÍCULO 10. Para la solicitud, aportación y práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones se dará aplicación a las siguientes reglas:

1. Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente.

obras ejecutadas teniendo en cuenta tanto el área total de las zonas verdes, como incluyendo el área correspondiente a las áreas duras de los parques vecinales objeto de los contratos, pues como ya se anotó esa fue la proyección económica que tuvo en cuenta el demandante al presentar sus propuestas, labor que sin duda estaba llamada a evacuarse a través de la medición física del área total de los parques y la resta de las áreas de las zonas verdes reconocidas, tal y como lo planteó el peritazgo, lo cual arrojaría la totalidad de los metros cuadrados dejados de reconocer que debían calcularse por el valor de metro cuadrado unitario correspondiente a cada uno de los contratos y a los ciclos de frecuencia con que se ejecutaron las labores.

Además de lo anterior los valores pagados y los metros cuadrados reconocidos por la entidad pública que se tuvieron en cuenta en el gráfico de la experticia, coinciden con los valores y medidas que constan en las actas de recibo parcial de trabajos de poda que obran en el expediente y que fueron aportadas por la entidad distrital demandada.

En consecuencia, dado que el dictamen fue pertinente, se encuentra ajustado a derecho y además su contenido no constituyó materia de cuestionamientos en el recurso de apelación interpuesto por la entidad estatal demandada contra el fallo de primera instancia, la Sala acogerá la condena proferida en la decisión que se examina, la cual se tasó con base en los resultados que arrojó la experticia y procederá a actualizarla con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, para lo cual se aplicará la siguiente fórmula:

$$Vp = \frac{Vh \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Vp: Corresponde al valor presente

Vh: Es el valor histórico o inicial (\$ 232'461.948)

Índice Final: Es el IPC vigente a la fecha de este fallo = (113,80) septiembre 2013)

Índice inicial: Es el IPC vigente a la fecha de la sentencia de primera instancia 80,87 (enero de 2005)

$$Vp = \frac{\$232'461.948 \times 113,89 \text{ (septiembre /2013)}}{80,87 \text{ (enero /2005)}} = \$ 148'801.837,15$$

Vp= **\$327'378.400,61**

5.4. De la solicitud de condenar en costas, elevada por la parte demandante.

La parte demandante formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por considerar que en atención a lo dispuesto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, la entidad pública debió ser condenada en costas en tanto su conducta comportó temeridad y mala fe al defender a ultranza una posición sin ningún argumento lógico jurídico, a lo cual se suma que durante la etapa de conciliación prejudicial el Instituto demandado no compareció a la audiencia y no allegó justificación de su inasistencia.

Para resolver el punto de inconformidad debe tenerse en cuenta que según los dictados del artículo 55 de la Ley 446 de 1998, la condena en costas procederá en los siguientes términos:

“En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos de Código de Procedimiento Civil”.

Por su parte, el artículo 392 del C.P.C., señala:

“Artículo 392. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

“2. La condena se hará en sentencia; cuando se trate de auto que sin poner fin al proceso resuelva el incidente o los trámites especiales que lo sustituyen, señalados en el numeral 4 del artículo 351, el recurso y la oposición, la condena se impondrá cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal o cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.

“3. En la sentencia de segundo grado que confirme en todas sus partes la del inferior, se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia.

“4. Cuando la sentencia de segundo grado revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

“5. Cuando se trate del recurso de apelación de un auto que no ponga fin al proceso, no habrá costas en segunda instancia.

“6. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

“7. Cuando fueren dos o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

“8. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

“9. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

“10. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”

El artículo 74 del C. de P. C., norma aplicable en el presente proceso por expresa remisión del artículo 267 del C.C.A., en cuanto a las actuaciones temerarias o de mala fe en el curso de un proceso judicial, dispuso:

“ARTÍCULO 74.

“Temeridad o mala fe. Se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos:

“1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido a éste.

“2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.

“3. Cuando se utilice el proceso, incidente, trámite especial que haya sustituido a éste o recurso, para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.

“4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas.

“5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso” (negritas por fuera del texto).

De otro lado, el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, señala:

Artículo 75º.- Del Juez Competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo.

Parágrafo 1º.- Una vez practicadas las pruebas dentro del proceso, el juez citará a demandantes y demandados para que concurran personalmente o por medio de apoderado a audiencia de conciliación. Dicha audiencia se sujetará a las reglas previstas en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil y se procurará que se adelante por intermedio de personas diferentes de aquellas que intervinieron en la producción de los actos o en las situaciones que provocaron las discrepancias.

Parágrafo 2º.- En caso de condena en procesos originados en controversias contractuales, el juez, si encuentra la existencia de temeridad en la posición no conciliatoria de alguna de las partes, condenará a la misma o a los servidores públicos que intervinieron en la correspondientes conversaciones, a cancelar multas a favor del Tesoro Nacional de cinco (5) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales.

Parágrafo 3º.- En los procesos derivados de controversias de naturaleza contractual se condenará en costas a cualquiera de las partes, siempre que se encuentre que se presentó la conducta del parágrafo anterior.

En reciente pronunciamiento esta Subsección resolvió condenar en costas a la entidad demandada por haberse evidenciado su actuar temerario en cuanto a través de la alzada persistió en un argumento de defensa que no contaba con asidero probatorio alguno. En esa oportunidad se señaló:

“Para la Sala, la contundencia irrefutable de las pruebas contrasta dramáticamente con la tozudez de la parte demandada de llevar hasta la finalización de la segunda instancia el proceso que ahora se decide, extendiendo con ello innecesaria e injustificadamente el sufrimiento de las víctimas, lo cual constituye a todas luces una actuación temeraria; sin embargo, resulta pertinente y necesario señalar que no se cuestiona y por ello se quiere significar que no se reprocha per se el ejercicio del derecho de defensa de la entidad pública accionada, al contrario, lo que resulta censurable es que el Ministerio de Defensa, habiendo participado en el recaudo de las pruebas y tenido la oportunidad de controvertirlas hasta llegar a la verdad procesal en primera instancia, haya optado por recurrir la sentencia del Tribunal a quo sin contar con fundamento para ello, el cual, bueno es precisarlo, no se debe entender como la sola procedencia del recurso de apelación sino que debe analizarse a la luz de las pruebas recaudadas y de todas las actuaciones surtidas en la primera instancia con el fin de determinar si su interposición resulta superflua o carente de sustento jurídico; pues bien, se reitera, la ausencia de cualquier margen de discusión respecto de las pruebas recaudadas en el proceso y, por lo tanto, de la responsabilidad de la entidad demandada tornó la interposición del recurso en carente de fundamento legal⁴².

⁴² Al respecto el profesor Hernán Fabio López Blanco ha señalado que:

En criterio de la Sala, el derecho de defensa –que constituye un deber constitucional y legal– de las entidades públicas y en general de las partes en un proceso, debe realizarse dentro de las fronteras de la lealtad procesal y de la razonabilidad de las actuaciones procesales, puesto que no pueden y no deben las personas de Derecho Público obstinarse, ensañarse, en la iniciación y/o continuación de un proceso judicial cuando las pruebas conocidas por la entidad y/o válidamente recaudadas en un proceso no admiten discusión alguna respecto de su responsabilidad, cuestión que igual cabe predicarse respecto del deber que le asiste a las entidades de buscar la eficacia de los medios alternativos de solución de conflictos⁴³.⁴⁴

Con apoyo en el precedente jurisprudencial que antecede y de acuerdo con la normativa que regula la procedencia de la condena en costas, según la cual se impone al Juez el deber de analizar la conducta asumida por las partes del proceso, la Sala considera que en la etapa de ejecución contractual la entidad estatal demandada incurrió en una conducta reprochable en la medida en que inobservó el principio de buena fe que debía orientar su actuación.

*“Dada la difícil configuración del concepto de ‘temeridad o mala fe’, el art. 74 establece una serie de presunciones legales en las que se considera que ha existido una u otra conducta y es así como la manifiesta ‘carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso u oposición, incidente o trámite especial que lo haya sustituido’, configura esa temeridad; resulta claro que un abogado en quien se supone versación jurídica, ya que precisamente el estudio de la Ley es su profesión, está en capacidad de determinar si una demanda, excepción, recurso u oposición carecen por entero de fundamento y sólo se interponen para justificar el cobro de unos honorarios o demorar mañosamente el proceso. No se trata sólo de no tener razón, pues en la mayoría de los casos una de las partes no la tiene; lo que se intenta es evitar que se adelanten actuaciones manifiestamente superfluas por la ausencia de bases legales que apoyen las pretensiones” (Hernán Fabio López Blanco, *Procedimiento Civil*, T. I, Dupré, 10ª edición, 2009, Bogotá, p. 392).*

⁴³ Deber éste que ha sido desarrollado en otros ámbitos del derecho administrativo como el de la contratación estatal, el cual si bien no es bajo ningún concepto aplicable al caso concreto sí resulta pertinente para ilustrar la posición que se viene explicando; en este sentido, el parágrafo 2 del artículo 75 de la Ley 80 de 1993 establece con suma claridad que:

“Artículo 75º.- Del Juez Competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo.

“Parágrafo 1º.- Una vez practicadas las pruebas dentro del proceso, el juez citará a demandantes y demandados para que concurran personalmente o por medio de apoderado a audiencia de conciliación. Dicha audiencia se sujetará a las reglas previstas en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil y se procurará que se adelante por intermedio de personas diferentes de aquellas que intervinieron en la producción de los actos o en las situaciones que provocaron las discrepancias.

“Parágrafo 2º.- En caso de condena en procesos originados en controversias contractuales, el juez, si encuentra la existencia de temeridad en la posición no conciliatoria de alguna de las partes, condenará a la misma o a los servidores públicos que intervinieron en la correspondientes conversaciones, a cancelar multas a favor del Tesoro Nacional de cinco (5) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales.

“Parágrafo 3º.- En los procesos derivados de controversias de naturaleza contractual se condenará en costas a cualquiera de las partes, siempre que se encuentre que se presentó la conducta del parágrafo anterior” (negritas por fuera del texto).

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, 2 de mayo de 2013, Exp: 26.293

Es así como durante el procedimiento administrativo de selección fijó las reglas del juego que posteriormente ignoró en la etapa de ejecución contractual sin justificación fáctica o hermenéutica válida, asaltando al contratista en su buena fe, quien luego de estructurar su propuesta económica confiando legítimamente en los lineamientos y directrices que sobre el particular impartió la entidad estatal contratante, se vio obligado a ejecutar el contrato sin recibir la contraprestación acordada, a cuyo reconocimiento estaba obligada la Administración.

Todo lo anterior motivó la interposición de la demanda que dio lugar al presente proceso, un intento de conciliación judicial fallido en el trámite de la primera instancia por no existir ánimo conciliatorio de la entidad demandada, la cual no brindó mayor explicación de su falta de interés para llegar a un acuerdo, limitándose llanamente a manifestar que las razones por las que se abstenía de conciliar habían ya sido esbozadas en la contestación de la demanda y finalmente dio como resultado una sentencia condenatoria en contra del entidad distrital contratante, la cual se sustentó en pruebas válidas y argumentos incuestionables.

Seguidamente la entidad estatal demandada insistió en proseguir el debate procesal en segunda instancia sin brindar una argumentación contundente y sólida que permitiera llevar adelante la prosperidad de su alzada, por contera corrió el riesgo inminente de que la condena en su contra resultara confirmada, como en efecto lo será. En consecuencia, atendiendo las razones expuestas, para la Sala resulta clara la actuación temeraria de la entidad estatal demandada.

Ahora bien, de conformidad con lo normado en el artículo 19⁴⁵ de la Ley 1395 de 2010 –modificatorio del artículo 392 del C. de P. C.–, se procederá dentro de esta decisión a determinar si hay lugar, o no, a la fijación de agencias en derecho, para lo cual se tendrá en cuenta, además, lo siguiente:

⁴⁵ A cuyo tenor:

“ARTÍCULO 19.1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

“Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o un amparo de pobreza, sin perjuicio artículo 73.

*“2. La condena se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena. **En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación**” (Negritas y subrayas por fuera del texto).*

Los numerales 3° y 4° del artículo 393 del C. de P. C., disponen que para efectos de la liquidación de costas, se fijarán las agencias en derecho con aplicación de las tarifas previstas por el Consejo Superior de la Judicatura.

En cualquier caso, ante la existencia de tarifas mínimas y máximas, el Juez deberá tener en cuenta *i)* la naturaleza, *ii)* la calidad y *iii)* la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, supuestos que deben ser valorados por el Juez de la causa, con el fin de decidir el monto de la tarifa dentro de los límites correspondientes.

El Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa - mediante Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003, estableció las tarifas de Agencias en Derecho aplicables a los procesos judiciales. Dicho Acuerdo hizo referencia expresa a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos y reguló lo concerniente a los distintos asuntos que en ésta se tramitan, así:

“ Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho

**LA SALA ADMINISTRATIVA DEL
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las señaladas en el artículo 43 de la ley 794 de 2003,

ACUERDA

ARTICULO PRIMERO.- Objetivo y ámbito de aplicación. *Es objetivo de este Acuerdo establecer, a nivel nacional, las tarifas de agencias en derecho aplicables a los procesos judiciales.*

ARTICULO SEGUNDO.- Concepto. *Se entiende por agencias en derecho la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, el incidente o trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y en los casos especiales previstos en los códigos de procedimiento.*

ARTICULO TERCERO.- Criterios. *El funcionario judicial, para aplicar gradualmente las tarifas establecidas hasta los máximos previstos en este Acuerdo, tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones.*

PARAGRAFO.- En la aplicación anterior, además, se tendrán en cuenta las normas legales que en particular regulen la materia.

ARTICULO CUARTO.- Fijación de tarifas. Las tarifas máximas de agencias en derecho se establecen en salarios mínimos mensuales legales vigentes, o en porcentajes relativos al valor de las pretensiones de la demanda reconocidas o negadas en la sentencia.

PARAGRAFO. En los eventos de terminación del proceso sin haberse proferido sentencia, o ésta sea solamente declarativa, se tendrán en cuenta los criterios previstos en el artículo tercero, sin que en ningún caso la tarifa fijada supere el equivalente a veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

ARTICULO QUINTO.- Analogía. Los asuntos no contemplados en este acuerdo se regirán por las tarifas establecidas para asuntos similares, incluyendo los asuntos que conocen las autoridades administrativas en ejercicio de funciones judiciales.

ARTICULO SEXTO.- Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho: (...)

“III. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

“3.1. ASUNTOS.

“3.1.1 Unica instancia.

“Sin cuantía: Hasta diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

“Con cuantía: Hasta el quince por ciento (15%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia.

“3.1.2. Primera instancia.

“Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

“Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

“PARAGRAFO. En los procesos ejecutivos, hasta el quince por ciento (15%) del valor del pago ordenado o negado en la pertinente decisión judicial; si, además, la ejecución comprende el cumplimiento de obligaciones de hacer, se incrementará en un porcentaje igual al que fije el juez.

“En los casos en que únicamente se ordene o niegue el cumplimiento de obligaciones de hacer, hasta seis (6) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

“3.1.3. Segunda instancia.

“Sin cuantía: Hasta siete (7) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

“Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

“PARAGRAFO. En los procesos ejecutivos, hasta el cinco por ciento (5%) del valor del pago confirmado o revocado total o parcialmente en la pertinente orden judicial; si, además, la ejecución comprende el cumplimiento de obligaciones de hacer, se incrementará en un porcentaje igual al que fije el juez.

“En los casos en que únicamente se ordene o niegue el cumplimiento de obligaciones de hacer, hasta cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes” (negritas por fuera del texto).

Así las cosas, las agencias en derecho deben liquidarse con base en las anteriores disposiciones. La Sala encuentra que en el *sub lite*, el apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el propósito de que accediera a la condena en costas, lo sustentó oportunamente y alegó de conclusión dentro del término de ley, razones por las cuales las agencias en derecho en segunda instancia se tasarán en 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes al tiempo de ejecutoria de este fallo.

Por las razones expuestas, la Sala modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que el IDRD incumplió los contratos Nos. 288, 289, 290, 291 y 292 celebrados con el Consorcio Condival – E.J.M., actualizará la condena, accederá a la condena en costas solicitada por la parte actora en el escrito de apelación y fijará agencias en derecho en segunda instancia.

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

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR los numerales 1, 3, y 6 de la sentencia proferida el veintiséis (26) de enero de dos mil cinco (2005) por el Tribunal Administrativo – Sección Tercera - Sala de Descongestión, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- MODIFICAR los numerales 2, 4 y 5 de la sentencia proferida el veintiséis (26) de enero de dos mil cinco (2005) por el Tribunal Administrativo – Sección Tercera - Sala de Descongestión, los cuales quedarán así:

“SEGUNDO: DECLARASE que el INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE incumplió los contratos Nos. 288, 289, 290, 291 y 292 celebrados con el Consorcio Condival – E.J.M.

“CUARTO: CONDÉNASE al INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE a pagar a favor de las sociedades CONSTRUCCIONES DIVAL LTDA. CONDIVAL LTDA y E.J.M. INGENIEROS ARQUITECTOS LTDA., en su condición de miembros integrantes del Consorcio CONDIVAL – E.J.M., la suma de TRESCIENTOS VEINTISIETE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS PESOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS M/CTE. **(\$327'378.400,61).**

“QUINTO: Condenar en costas a la entidad demandada INSTITUTO DISTRITAL PARA LA RECREACION Y EL DEPORTE. En consecuencia se fijan como agencias en derecho de la segunda instancia la suma equivalente a VEINTE (20) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES al momento de ejecutoria del presente fallo.

TERCERO.- En firme esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA