

**MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Equilibrio económico del contrato / EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Variaciones técnicas del contrato de compraventa / VARIACIONES TÉCNICAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA – Elevaron costos de productos ofrecidos e impusieron carga tributaria no contemplada en propuesta inicial / CONTRATO DE COMPRAVENTA – Objeto / CONTRATO DE COMPRAVENTA –Liquidado unilateralmente por entidad contratante sin tener en cuenta el desequilibrio económico**

Las pretensiones de la demanda se encaminaron a obtener, además de la declaratoria de nulidad del acto que liquidó unilateralmente el contrato y del que rechazó el recurso de reposición interpuesto en su contra, la declaratoria de la ruptura del equilibrio económico del contrato por circunstancias imprevistas ajenas a la demandante y derivadas de las modificaciones técnicas efectuadas a través del Modificadorio No. 02 al Contrato 1713-CEITE-DITEJ-2009.

**COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Conoce en segunda instancia por factor cuantía**

Se precisa que la parte demandada, Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, es un ente de la rama ejecutiva del poder público y, en ese orden, con sujeción a lo dispuesto en la Ley 489 de 1998 ostenta la naturaleza de entidad pública. Por la razón advertida, esta jurisdicción es competente para conocer del presente asunto. Con fundamento en el numeral 5 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011 y teniendo en cuenta que el valor de la pretensión mayor resulta superior al monto equivalente a 500 salarios mínimos legales vigentes a la fecha de presentación de la demanda, se concluye que el proceso tiene vocación de doble instancia.

**FUENTE FORMAL:** LEY 489 DE 1998 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 152 NUMERAL 5

**CADUCIDAD MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Conteo término / CADUCIDAD MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Fue suspendido por solicitud de conciliación / CADUCIDAD MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Cómputo de términos / CADUCIDAD MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – No operó por presentación oportuna de la demanda**

Se tiene que la Resolución No. 274 del 12 de octubre de 2012 fue impugnada mediante el recurso reposición interpuesto el 13 de noviembre de 2012. Este último fue resuelto el 27 de diciembre de 2012, a través de la Resolución No. 348, con la advertencia de que en virtud del mismo se entendía agotada la vía gubernativa y regía a partir del día siguiente a su publicación. Con sujeción a las reglas de oportunidad del C.P.A.C.A., se precisa que la fecha inicial del cómputo de caducidad corresponde al 28 de diciembre de 2012. De ahí que, en principio, los dos años de caducidad de la acción habrían de cumplirse el primer día hábil siguiente al 28 de diciembre de 2014, en atención a que ese día se encontraba comprendido dentro del período de vacancia judicial. En este punto, cobra relevancia señalar que el 23 de julio de 2014, faltando cinco meses y cinco días para vencerse los dos años de caducidad de la acción, la parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 132 para Asuntos Administrativos, trámite que suspendió el respectivo cómputo hasta el 15 de

octubre de 2014, tras declararse fallida la audiencia de conciliación por ausencia de ánimo conciliatorio. Desde esta fecha se reanudó el tiempo que faltaba para completar los dos años, los cuales habrían de vencerse el 20 de marzo de 2015. Así las cosas, al haberse impetrado la demanda el 15 de enero de 2015, se concluye que la acción se interpuso dentro del término legal.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO LEY 1437 DE 2011

**CONTRATO ESTATAL – Definición no es determinante para su naturaleza / NATURALEZA DEL CONTRATO – Será establecida atendiendo elementos esenciales que lo conforman / NATURALEZA DEL CONTRATO – Reiteración jurisprudencial**

Todo vínculo contractual que cubra cargas prestacionales de otra índole o que desborden o excedan, eventualmente habrá de derivar en un contrato distinto, sin que con ello se descarte la posibilidad de que se puedan contemplar obligaciones adicionales que conformen un objeto complejo, encaminadas de manera inequívoca a la concreción de la finalidad pública perseguida, que, en este caso puntual, involucra la adquisición de los bienes y su destinación a la defensa y seguridad nacional. **NOTA DE RELATORÍA:** al margen de la denominación que se le imprima a un determinado negocio jurídico, tal circunstancia no resulta determinante de la tipología a la que obedece, pues para tal fin indefectiblemente deben consultarse los elementos de su esencia, sin cuya concurrencia u observancia el negocio jurídico sería inexistente o se convertiría en otro diferente, consultar sentencia de 15 de febrero de 2018, Exp. 55147

**CONTRATO DE COMPRAVENTA - Obligaciones / OBLIGACIÓN DEL CONTRATISTA – Prestación de servicios, elaborar diseños y ejecutar obras**

Esta conclusión no se altera por el hecho de que los estudios previos base de la solicitud de la oferta hubieran estimado la posibilidad de realizar dos contratos diferentes para ser ejecutados en fases distintas, pues, finalmente, sin ahondar acerca la validez de esa conducta, por no ser un punto medular de estudio, lo cierto es que al dar apertura al procedimiento de contratación y al haber realizado la solicitud de oferta, la entidad demandada optó por concentrar en un contrato las prestaciones relativas a la adquisición y entrega de bienes y aquellas asociadas al funcionamiento de los equipos adquiridos, cuestión que, de inicio, se reitera, fue del conocimiento del oferente interesado en contratar. Bajo estas condiciones, la Sala no comparte la posición del Tribunal en cuanto concibió como causa genérica del desequilibrio económico del contrato la demanda de actividades por parte del Ministerio de Defensa Ejército Nacional que no guardaban relación con la tipología de compraventa. Desacertado resultaba considerar que el contratista solo se había comprometido a entregar los bienes y a instalarlos, cuando, indiscutiblemente, según las especificaciones técnicas en referencia, develadas en la etapa precontractual, existían varios componentes de prestación de servicios, elaboración de diseños y ejecución de obras que, al ser parte integrante del objeto contractual, debían ser seriamente estimadas.

**IUS VARIANDI – Facultad excepcional del Estado / IUS VARIANDI – Procedencia / IUS VARIANDI – Reiteración jurisprudencial / IUS VARIANDI – No afectó el equilibrio económico del contrato estatal por ser una facultad excepcional**

Respecto del ejercicio del ius variandi, tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Corporación han concebido que su materialización se identifica con el ejercicio de las potestades excepcionales, facultades por entero regladas por el legislador y que por lo mismo comportan el desarrollo de una actuación legítima y jurídica de la entidad contratante llamada a cristalizarse a través de actos administrativos y cuya adopción, en cuanto tiene vocación para alterar las condiciones económicas pactadas de inicio, a su turno, da lugar a que, en términos del segundo inciso del ordinal primero del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 se proceda. (...) Una de esas prerrogativas corresponde a la potestad excepcional de modificación unilateral consagrada en el artículo 16 del Estatuto de Contratación Estatal con arreglo a la cual “Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios”. Así pues, atendiendo a los lineamientos normativos y conceptuales que ubican al ius variandi como causa generadora de la ruptura de la ecuación financiera del contrato, para la Sala no queda otra camino que el de apartarse de las consideraciones del a quo, en cuanto estimó que ese fue el origen de ruptura del equilibrio económico del contrato, dado que se echa de menos la existencia de algún acto administrativo por cuya virtud y con apoyo en la facultad prevista en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional hubiera modificado unilateralmente el objeto del Contrato 1713-CEITE-DITEJ-2009. **NOTA DE RELATORÍA:** En tratándose del ius variandi como facultad excepcional y fuente de desequilibrio económico del contrato en casos excepcionales consultar, sentencia de 31 de agosto de 2011, Exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

**FUENTE FORMAL:** LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 14 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 16

**CONTRATO ESTATAL – Etapas / ETAPAS – Son de carácter preclusivo / PRECLUSIÓN DE LAS ETAPAS CONTRACTUALES – No permiten modificaciones a lo que debe desarrollarse en cada una de ellas**

Las etapas del contrato son de carácter preclusivo, lo que equivale a sostener que las partes gozan de las oportunidades para negociar y pactar las condiciones del contrato, así como para proponer y acordar sus modificaciones, con base en la información disponible al tiempo en que estas se suscriben y en sus propios cálculos, las cuales, una vez formalizadas, agotan la posibilidad en lo que se refiere a buscar nuevos reconocimientos sobre las mismas condiciones que se conocieron, o debieron conocerse, a la celebración del contrato o de su respectiva modificación. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre las etapas del contrato estatal y los alcances de cada una de ellas consultar, sentencia de 3 de agosto de 2016, Exp. 56513, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

**DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO – Renuncias anticipadas no producen efectos vinculantes**

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la inoperancia de la renuncia anticipada al desequilibrio económico del contrato consultar, sentencia de 14 de marzo de 2013, Exp: 20524, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

## **DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - De los efectos vinculantes de las modificaciones contractuales sin adición en valor y extensión del plazo**

La Sala considera que le asiste razón al apelante, Ministerio de Defensa, al señalar que las modificaciones introducidas a las especificaciones técnicas del objeto del contrato no podían servir como sustento para luego de su celebración alegar la ruptura del equilibrio de las condiciones económicas originalmente estipuladas, en tanto, al suscribir ese documento -Modificadorio No. 2- sin hacer referencia al aumento de precio, el contratista convalidó los términos en que se trabó esa negociación. Se reitera que durante la relación negocial, las partes pueden afrontar dificultades relativas a la definición de los alcances y contenido de las prestaciones contraídas con ocasión del negocio jurídico de cara al advenimiento de circunstancias endógenas o exógenas al vínculo obligacional, con la virtualidad de impactar las condiciones técnicas y económicas originalmente estipuladas, inconvenientes que bien pueden solventarse a través de acercamientos de los extremos co-contrantes encauzados a redefinir el acuerdo y ajustarlo a la realidad imperante al tiempo de su ejecución e instrumentados a través de contratos adicionales o modificatorios. La Sala encuentra de recibo el cargo de la impugnación impetrada por la entidad demandada, habida consideración de que las variaciones a las especificaciones técnicas del objeto contractual introducidas por conducto de Modificadorio No. 02 constituían un acuerdo vinculante respecto de las condiciones en que se llevarían a cabo, acuerdo que mantuvo incólume los aspectos relativos al precio del contrato y a la asunción de riesgos económicos en cabeza del contratista y que, por contera, al haber versado sobre circunstancias plenamente conocidas al tiempo de su celebración impedían que en el futuro se alegara la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de las mismas circunstancias que condujeron a su suscripción.

## **ACTIVIDADES CONEXAS SOLICITADAS POR EL CONTRATANTE – Estaban ajustadas al presupuesto del contrato**

Dadas las condiciones, por ser una obligación contraída expresamente con ocasión de la celebración del negocio jurídico y ante el desconocimiento de los sitios exactos en los que se llevaría a cabo la ubicación del Datacenter y, por contera la dimensión y características de las obras de readecuación que se habrían de requerir, lejos de constituir una circunstancia extraordinaria, sobreviniente e imprevisible, debió ser considerada por el contratista a la hora de proyectar su oferta económica. Era deber de la unión temporal incorporar en su propuesta los rubros dirigidos a contemplar los costos generados de los posibles hallazgos asociados a las características de la zona y del terreno en el que se situaría del DCT, carga de previsión que no solo se le demandaba por ser una actividad expresamente consignada en la solicitud de la oferta, como por la situación adicional de haber asumido los riesgos económicos derivados de la inadecuada proyección de los costos. Así pues, a diferencia de lo afirmado por el peritazgo, para esta Sala no es de recibo considerar como una actividad adicional generadora de sobrecostos a las obras de readecuación ejecutadas; lo que se observa es que siendo una actividad a cuya realización se obligó la unión temporal en desarrollo del contrato originalmente concebido, no fue debidamente estimada en cuanto al valor de su realización. (...) además de que no se halla acreditado en el plenario que la supuesta realización de actividades adicionales desligadas del documento Modificadorio No. 2 hubieran sido ordenadas por el ente castrense, la Sala, ante las falencias halladas en lo concerniente a la prueba pericial, tampoco encuentra de recibo las conclusiones que sobre su ejecución arrojó la experticia.

## **NULIDAD DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA – Improcedente por cuanto estuvo ajustada a derecho**

Para la Sala, los anteriores razonamientos conducen a revocar la sentencia de primera instancia, para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, negativa que consecuencialmente cobija la decisión adoptada por el Tribunal de origen, consistente en declarar la nulidad del acto que liquidó unilateralmente el contrato y aquel que negó el recurso de reposición interpuesto en su contra, en atención a que los cargos que, en principio, desvirtuaron su legalidad estribaron, básicamente, en haber vulnerado las normas que imponían el mantenimiento de la ecuación financiera del contrato, normas que, al no haberse presentado realmente circunstancias extraordinarias, imprevisibles y ajenas al contratista que impactaron el equilibrio económico del contrato, no se encuentran vulneradas. Tampoco sería válido mantener la nulidad de los actos acusados por falsa motivación, ya que el cargo se declaró probado tras considerar opuesto a la realidad el balance final de cuentas elaborado unilateralmente por la entidad, de conformidad con el cual se declaraba a paz y salvo, con base en las mismas consideraciones relativas a la ruptura del equilibrio económico del contrato que no fue evidenciada por esta instancia.

**CONDENA EN COSTAS – Deberá ser liquidado por tribunal de primera instancia / CONDENA EN COSTAS – Será liquidada con base a legislación correspondiente / CONDENA EN COSTAS – Al actor por resultar vencido en juicio**

El artículo 188 del C.P.A.C.A. consagra que “la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”. De esta manera, con independencia de la buena fe con que las partes hubieran obrado en el presente recurso, el extremo recurrente demandante habrá de ser condenado en costas en favor del demandado, por cuanto resultó vencido en juicio. Así las cosas, la Sala condenará en costas a la parte actora en los términos previstos por el artículo 366 del Código General del Proceso que impone su liquidación de manera concentrada por parte del Tribunal de origen. Para el efecto señalado, el a quo deberá atender las reglas previstas en dicho precepto.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 188 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 366

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., cinco (05) de julio de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2015-00220-01(56934)**

**Actor: UNIÓN TEMPORAL SIMS LTDA. – SIMS TECHNOLOGIES LTDA.**

**Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA – MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIA CONTRACTUAL**

Temas: TIPOLOGÍA CONTRACTUAL DE COMPRAVENTA - actividades conexas – objeto jurídico complejo / IUS VARIANDI COMO CAUSA GENERADORA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO – se materializa en el ejercicio de potestades excepcionales / EFECTOS VINCULANTES DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES SIN ADICIÓN EN VALOR – actividades realizadas sin solicitud de la entidad

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera, Subsección B, el 3 de diciembre de 2015, mediante la cual se dispuso (se transcribe de forma literal):

*“PRIMERO: ACEPTAR la cesión de derechos litigiosos del presente proceso de las integrantes de la unión temporal SIMS LTDA –SIMS TECHNOLOGIES, como cedente, al señor MARTIN ORJUELA ACOSTA, identificado con cédula de ciudadanía No. 93’415.729, como cesionario, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.*

*“SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones de fondo propuestas por la demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*“TERCERO: DECLARAR que en el contrato de compraventa No. 1713-CEITE-DIJEJ-2009 suscrito entre la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL y la Unión Temporal SIMS LTDA –SIMS TECHNOLOGIES LTDA. se alteró el equilibrio económico del contrato por razones ajenas y no imputables al contratista, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*“CUARTO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 274 de octubre de 2012 que liquidó unilateralmente el contrato de compraventa No. 1713-CEITE-DIJEJ-2009, y su confirmatoria la Resolución 348 del 27 de diciembre de 2012, expedidas por el Ejército Nacional, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*“QUINTO: DECLARAR judicialmente liquidado el contrato de compraventa No. 1713-CEITE-DIJEJ-2009, suscrito entre la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL y los integrantes de la unión temporal SIMS LTDA TECHNOLOGIES, con un saldo a favor del contratista equivalente de tres mil seiscientos ochenta y tres millones quinientos cuatro mil cuatrocientos sesenta y cinco pesos M/CTE (\$3.683’504.465), que deberá ser pagado por la entidad contratante Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a favor de los integrantes de la unión temporal SIMS LTDA – TECHNOLOGIES, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*“SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*

*“SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la parte demandada Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a favor de la parte actora. Dichas costas comprenden la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el proceso, y las agencias en derecho. Ara lo cual una vez en firme la sentencia, por Secretaría liquídense las mismas siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso y las tarifas establecidas en el Acuerdo 1887 de 2007, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura”.*

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. La demanda**

La demanda con la que se inició este litigio fue presentada el 20 de enero de 2015, y reformada el 20 de mayo del mismo año, por la unión temporal Sims Ltda. – Sims Technologies Ltda., en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, con el fin de que: i) se declarara la nulidad de la Resolución 274 del 17 de octubre de 2012, por la cual se liquidó unilateralmente el Contrato 1713-CEITE-DITEJ-2009 y de la Resolución 348 del 27 de diciembre del mismo año, mediante la cual se rechazó el recurso de reposición interpuesto en contra de aquella; ii) se declarara que por razones no imputables a la demandante se alteró el equilibrio económico del Contrato de Compraventa No. 1713-CEITE-DITEJ-2009, con ocasión de las variaciones técnicas contenidas en el documento Modificadorio No. 2 del 25 de mayo de 2010; iii) como consecuencia y a título de restablecimiento del equilibrio económico, se condenara a la entidad demandada a

pagar en favor de la demandante la suma de \$3.705'421.300, debida como resultado de sobrecostos asumidos por las modificaciones técnicas del objeto del Contrato 1713-CEITE-DITEJ-2009; iv) se liquidara judicialmente el contrato incluyendo los anteriores rubros.

## **2. Los hechos**

En el escrito de demanda reformada, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

**2.1.** Que, el 3 de diciembre de 2009, la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y la unión temporal Sims Ltda. – Sims Technologies Ltda. celebraron el Contrato de Compraventa 1713-CEITE-DITEJ-2009, cuyo objeto consistió en la adquisición de un centro de comunicaciones, almacenamiento y procesamiento de datos para el Ejército Nacional, de carácter reservado, para el mantenimiento de la seguridad y la defensa. Como retribución, se pactó un precio equivalente a \$4.466'515.000, sin que aplicara el IVA, valor cuyo pago se difirió en varias fechas y para su entrega e instalación se convino un plazo de cuatro meses.

**2.2.** Que, dentro del término otorgado para el cumplimiento del contrato, se presentaron dificultades que derivaron en la necesidad de cambiar las especificaciones técnicas de los equipos. Dichas circunstancias, a su turno, condujeron a la imposibilidad de importar los equipos y a la necesidad de adquirirlos en Colombia a un mayor precio del previsto inicialmente, cuestión que consecuentemente llevó a que el contratista asumiera el pago del IVA no incluido en el precio ofrecido.

**2.3.** Que, a pesar de que lo anterior significó una mayor onerosidad en las prestaciones asumidas por el contratista, la unión temporal cumplió el objeto pactado dentro del plazo estipulado.

**2.4.** Que, entre junio y septiembre de 2012, la UT contratista solicitó en varias oportunidades a la entidad que se restableciera el equilibrio económico del contrato, el cual se había fracturado por razones imputables a la administración contratante, a lo cual el Ministerio de Defensa respondió negativamente.

**2.5.** Que, mediante Resolución 274 del 17 de octubre de 2012, el ente contratante



liquidó unilateralmente el Contrato 1713-CEIT-DITEJ-2009.

**2.6.** Que, a través de Resolución 348 del 27 de diciembre de 2012, el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional rechazó el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión.

### **3. Fundamentos de derecho**

La parte demandante sostuvo que la entidad, al proferir las decisiones acusadas, transgredió las disposiciones constitucionales y legales en que debían fundarse, pues se negó a reconocer el desequilibrio económico presentado en desarrollo del mismo y se enriqueció indebidamente con unos equipos de alta tecnología en detrimento del patrimonio de la parte actora.

Añadió que se violaron las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, mediante las cuales se regulaba el restablecimiento de la ecuación económica y financiera de los contratos y la indemnización integral de los perjuicios causados a la contratista.

### **4. Actuación procesal**

**4.1.** Por auto de 2 de febrero de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y ordenó la notificación de la misma al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional<sup>1</sup> y al Ministerio Público.

#### **4.2. Contestación de la demanda**

La entidad demandada ejerció su derecho de contradicción dentro del término legalmente establecido.

Frente a los hechos de la demanda manifestó que eran ciertos unos y que otros no le constaban y debían probarse.

En relación con la falta de planeación que se la atribuía al ente castrense, señaló que, en cuanto era el contratista quien ofrecía los precios de los equipos

---

<sup>1</sup> Fl. 57-60 C1.

requeridos y las condiciones técnicas, correspondía a la sociedad demandante analizar la viabilidad de mantener el precio propuesto o de abstenerse de brindarlo en caso de ser imposible su cumplimiento en esas condiciones.

Atendiendo a ese mismo planteamiento, adujo que existían documentos modificatorios que no incluían variación de precios y que, por lo mismo, su contenido debió ser estudiado por el contratista con anterioridad a su suscripción, en el sentido de evaluar técnica y económicamente si le resultaba factible continuar con la ejecución del contrato.

En adición, formuló los medios exceptivos que denominó: “*indebida escogencia de la acción*”; “*excepción de cumplimiento*”; “*ausencia del requisito de procedibilidad por falta de salvedades en el acta de liquidación*”.

#### **4.3. Audiencia inicial**

El 14 de septiembre de 2015, se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En desarrollo de la etapa de saneamiento, se advirtió que no existía causal de nulidad alguna que invalidara lo actuado. Concedido el uso de la palabra, las partes ratificaron la inexistencia de irregularidades en el trámite procesal.

Seguidamente, se procedió a resolver la excepción previa de indebida escogencia de la acción propuesta por la entidad demandada y fundamentada en el argumento de que la acción procedente era la de reparación directa, en aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa. Al desatlarla, consideró que el medio de control de controversias contractuales impetrado era el idóneo, de cara a las solicitudes plasmadas, en razón a que se discutía la ruptura del equilibrio económico presentado en el desarrollo del contrato y se impugnó el acto que lo liquidó unilateralmente.

Resuelto lo anterior, la primera instancia fijó el litigio a través de la formulación de cuatro problemas jurídicos que se delimitaron en los siguientes interrogantes: i) ¿en la ejecución del Contrato de Compraventa No. 1713-CEITE-DIJEJ-2009, la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional alteró el equilibrio financiero con ocasión de la Modificación No. 2?; ii) ¿se debía condenar a la Nación –

Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a reconocer al contratista el valor asumido en razón del desequilibrio económico financiero ocasionado por las modificaciones al objeto contractual?; iii) ¿se debía declarar la nulidad del acto que liquidó unilateralmente el contrato de compraventa por el incumplimiento de la entidad al no reconocer el desequilibrio financiero causado en favor del contratista?; iv) ¿resulta procedente la liquidación judicial del contrato o la inclusión en la misma de la indemnización de perjuicios?.

A continuación, se tuvieron como pruebas todos los documentos aportados por la parte demandante, se decretaron las pruebas documentales, testimoniales y periciales solicitadas por las partes y se corrió traslado a la parte demandada de la experticia aportada por al demandante. La entidad accionada guardó silencio.

## **5. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda, con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones:

En primer lugar, el *a quo* se refirió a los principios que informan la contratación estatal y la regulación legal del incumplimiento contractual y del equilibrio económico.

Luego de enunciar las pruebas obrantes en el plenario, la primera instancia estimó necesario establecer las condiciones inicialmente pactadas en el objeto contractual, a la luz del acuerdo negocial, del “pliego de condiciones” y del estudio previo que sirvió como base del mismo.

Tras revisar esos documentos, observó que en los estudios previos se plasmó no solo la necesidad de adquirir un centro de comunicaciones, almacenamiento y procesamiento de datos para el Ejército Nacional de carácter reservado, sino el funcionamiento del mismo para la replicación gradual de la infraestructura en orden a lograr la continuidad y contingencia de los servicios, cuestión que determinaba la necesidad de suscribir primero un contrato de compraventa y, luego, uno de consultoría.

Señaló que, sin embargo, la entidad celebró un contrato de compraventa cuyo objeto, en su criterio, no podía abarcar aspectos distintos a la entrega del bien.

Advirtió que no obstante lo anterior, por solicitud de la entidad, el contratista debió asumir el cumplimiento de prestaciones distintas que no estaban previstas en el contrato inicial ni en sus modificaciones, tales como la funcionalidad del datacenter y replicación gradual de la información de las bases de datos.

Después de analizar la experticia practicada en la actuación, concluyó que el contratista adquirió obligaciones que no estaban previstas en el acuerdo primigenio y que surgieron como resultado del Modificadorio No. 2.

Con todo, aclaró que la alteración a la ecuación financiera no se produjo como consecuencia de la suscripción de la Modificación No. 2 y por ello no se le podía exigir al contratista que hiciera reserva sobre la misma, sino con posterioridad a la suscripción de aquella, en desarrollo de la ejecución del contrato, específicamente en el momento en que se entregó el bien, época en que la entidad exigió al contratista que efectuara actividades adicionales que correspondían a la segunda fase del proyecto y que, por ser ajenas a la naturaleza de la compraventa, no podían ser demandadas al contratista, no obstante lo cual él debió asumirlas como una manera de honrar su colaboración, con el fin estatal ínsito en el contrato.

Así mismo, indicó que, según la prueba pericial, las actividades adicionales se realizaron por las solicitudes que la entidad estatal elevara en ese sentido, información que no fue desvirtuada por la entidad demandada, con apoyo en los antecedentes administrativos que obraban en su poder y que no fueron arrimados al plenario, circunstancia que constituía un indicio en su contra, en mérito del cual era posible tener por cierto lo concluido en el peritazgo.

Precisó que lo dicho constituía un claro ejercicio del *ius variandi*, en cuya virtud la entidad modificó el contrato e impuso al contratista la obligación de ejecutar prestaciones no convenidas inicialmente, hecho que evidenció la vulneración del principio de planeación y que generó sobrecostos al demandante, que ocasionaron la ruptura del equilibrio económico.

Con base en lo expuesto, consideró que debía reconocerse al contratista el mayor valor asumido como consecuencia de las actividades adicionales, sumas probadas con soportes contables y facturas analizadas por el peritazgo realizado por la contadora pública, en cuantía de \$7.535'905.911, sin la utilidad esperada.

Estimó que de esta circunstancia, a su turno, se derivaba la nulidad del acto de liquidación unilateral del contrato, por cuanto en su contenido no se introdujeron los reconocimientos a que había lugar en favor del contratista, por la fractura de la ecuación financiera presentada en su contra, situación que se oponía a los mandatos de los artículos 4, 5 y 27 de la Ley 80 de 1993, normas en que debía fundarse. Por razones similares, observó que los actos acusados adolecían de falsa motivación, en tanto la entidad se declaró a paz y salvo por todo concepto, cuando tal acontecer distaba de la realidad.

En cuanto a la decisión por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra la liquidación unilateral, concluyó que la entidad vulneró el debido proceso, toda vez que por aspectos formales se le negó la posibilidad al recurrente de que sus argumentos fueran estudiados de fondo.

Al efectuar la liquidación judicial del contrato consideró que de la suma acreditada como sobrecostos en que incurrió el contratista en cumplimiento del objeto contractual -\$7.535'905.911,43- debía deducirse la suma efectivamente pagada como precio estipulado -\$4.446'515.069.55-, por lo que el valor a reconocer en su favor ascendía a \$3.089'390.841.

Negó el reconocimiento de perjuicios de la imagen corporativa de la demandante, por no estar demostrada su causación en el plenario; también despachó desfavorablemente el reconocimiento de intereses moratorios, porque además de no estar pactados, por tratarse de un caso de equilibrio económico del contrato, lo que procedía era su compensación, es decir, el reconocimiento del mayor valor asumido.

Por último, aceptó la cesión de derechos litigiosos realizada por las sociedades integrantes de la unión temporal demandada en favor del señor Martín Orjuela Acosta, representante legal de la sociedad SIM LTDA.

## **6. El recurso de apelación**

### **6.1. Parte demandada – Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**

La entidad demandada interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Como argumento de la alzada, expuso que, según el dictamen pericial en el que se apoyó el fallo recurrido, el documento Modificadorio No. 2 versó sobre elementos técnicos respecto de los cuales no se evidenció inconformidad por parte del contratista, la que, de existir, debió ser puesta en conocimiento de la entidad en ese mismo instante y no en la etapa de liquidación del contrato.

Advirtió que, al no haberse incorporado en su texto una variación del precio acordado, la suscripción del Modificadorio No. 02 sin reparo por parte del contratista, llevó a la asunción de riesgos respecto del posible aumento de costos.

Añadió que el Tribunal no especificó de forma concreta en qué consistieron las supuestas solicitudes realizadas por la entidad para que el contratista llevara a cabo las actividades adicionales por cuyo pago resultó condenado.

Finalmente, sostuvo que, aun cuando el peritazgo manifestó porqué se ejecutaron dos fases previstas en los estudios previos para la adquisición de los equipos y su puesta en funcionamiento, lo cierto es que no se había acreditado en qué cantidad se ejecutaron, pues no se suscribió un acta de entrega en la que constara dicha información.

## 5.2. Parte demandante

La parte actora cuestionó la valoración del dictamen efectuada por el *a quo*, habida consideración de que, en su sentir, su apreciación integral conducía al deber de acoger la totalidad de las conclusiones allí esbozadas en torno a las sumas adeudadas al contratista y no solamente el mayor costo en que este incurrió. Para el apelante, tal interpretación desconocía la jurisprudencia contenciosa en materia de restablecimiento pleno del equilibrio económico del contrato.

## **6. Actuación en segunda instancia**

**6.1.** Mediante providencia del 17 de mayo de 2016, la Sección Tercera de esta Corporación admitió los recursos de apelación interpuestos por las partes.

**6.2.** Por medio de auto del 18 de julio del mismo año, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto. En el término otorgado, la parte actora presentó su respectivo escrito en el cual, en esencia, reiteró los argumentos en que soportó la alzada y se opuso a las afirmaciones del recurso interpuesto por su contraparte.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

## **II. CONSIDERACIONES**

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** oportunidad para el ejercicio de la acción contractual; **3)** legitimación en la causa; **4)** análisis de la apelación: **4.1)** recurso de la parte demandada: **4.1.1)** consideraciones preliminares sobre el alcance de las obligaciones contraídas en virtud del contrato de compraventa No. 1713- CEITE-DITEJ-2009; **4.1.2)** el *ius variandi* como causa generadora del desequilibrio económico del contrato; **4.1.3)** de los efectos vinculantes de las modificaciones contractuales sin adición en valor y extensión del plazo; **4.1.4)** de las actividades conexas realizadas a solicitud del ente contratante y que no estuvieron comprendidas en el Anexo No. 02; **4.2)** recurso de la parte actora y **5)** costas.

### **1) Competencia del Consejo de Estado**

1.1.- Se tiene presente que el artículo 104<sup>2</sup> de la Ley 1437 expedida en 2011 (C.P.A.C.A.), vigente a partir de 2 de julio de 2012, prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se encuentra instituida para juzgar las controversias y litigios originados en los contratos “*sujetos al derecho administrativo, en los que*

---

<sup>2</sup> “Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

“Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

“(…).

“2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.

*estén involucradas las entidades públicas” e igualmente le corresponde conocer de los contratos “cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”.*

El vínculo obligacional en cuyo seno se generó la controversia planteada en el presente proceso fue el Contrato de Compraventa 1713-CEITE-DITEJ-2009, celebrado entre el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y la unión temporal Sims Ltda. - Sims Technologies Ltda.

Así las cosas, se precisa que la parte demandada, Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, es un ente de la rama ejecutiva del poder público y, en ese orden, con sujeción a lo dispuesto en la Ley 489 de 1998<sup>3</sup> ostenta la naturaleza de entidad pública. Por la razón advertida, esta jurisdicción es competente para conocer del presente asunto.

1.2.- Con fundamento en el numeral 5 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011 y teniendo en cuenta que el valor de la pretensión mayor<sup>4</sup> resulta superior al monto equivalente a 500 salarios mínimos legales vigentes<sup>5</sup> a la fecha de presentación de la demanda, se concluye que el proceso tiene vocación de doble instancia.

## **2) Oportunidad para el ejercicio de la acción contractual**

En orden a analizar este presupuesto, resulta indispensable poner de presente que el Contrato de Compraventa No. 01713 CEITE-DITEJ 2009, sobre el cual recae la atención de la Sala, no obstante tratarse de un negocio que, por regla general, es de ejecución instantánea, en este caso, como se verá en detalle más

---

<sup>3</sup> Ley 489 de 1998. “Artículo 2º.- *Ámbito de aplicación. La presente Ley se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas.*

“Parágrafo. - *Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política*”.

<sup>4</sup> \$3.705'421.300, fl. 385 C1.

<sup>5</sup> \$644.350, con fundamento en el salario mínimo legal vigente de 2015 (\$644.350 X 500 = \$322'175.000).



adelante, su ejecución y cumplimiento se difirió en el tiempo y al cabo fue liquidado unilateralmente a través de Resolución No. 274 del 12 de octubre de 2012 y posteriormente, mediante Resolución No. 348 del 27 de diciembre de 2012, fue rechazado el recurso de reposición interpuesto en contra de aquella, por no cumplir con los requisitos formales<sup>6</sup>.

Se tiene que la Resolución No. 274 del 12 de octubre de 2012 fue impugnada mediante el recurso reposición interpuesto el 13 de noviembre de 2012. Este último fue resuelto el 27 de diciembre de 2012, a través de la Resolución No. 348, con la advertencia de que en virtud del mismo se entendía agotada la vía gubernativa y regía a partir del día siguiente a su publicación.

Con sujeción a las reglas de oportunidad del C.P.A.C.A., se precisa que la fecha inicial del cómputo de caducidad corresponde al 28 de diciembre de 2012. De ahí que, en principio, los dos años de caducidad de la acción habrían de cumplirse el primer día hábil siguiente al 28 de diciembre de 2014, en atención a que ese día se encontraba comprendido dentro del período de vacancia judicial.

En este punto, cobra relevancia señalar que el 23 de julio de 2014, faltando cinco meses y cinco días para vencerse los dos años de caducidad de la acción, la parte actora presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 132 para Asuntos Administrativos, trámite que suspendió el respectivo cómputo hasta el 15 de octubre de 2014<sup>7</sup>, tras declararse fallida la audiencia de conciliación por ausencia de ánimo conciliatorio. Desde esta fecha se reanudó el tiempo que faltaba para completar los dos años, los cuales habrían de vencerse el 20 de marzo de 2015.

Así las cosas, al haberse impetrado la demanda el 15 de enero de 2015, se concluye que la acción se interpuso dentro del término legal.

### **3) Legitimación en la causa**

La Sala encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa a la unión temporal Sims Ltda. - Sims Technologies Ltda., agrupación que actuó por

---

<sup>6</sup> Fls. 27-28 C1.

<sup>7</sup> Fls. 78-80 C2.

conducto de su representante<sup>8</sup> Martín Orjuela Acosta, para integrar el extremo demandante, en su condición de contratista dentro del negocio jurídico No. 1713 CEITE - DITEJ - 2009, escenario en el que se produjo el acto de liquidación unilateral impugnado y la supuesta ruptura del equilibrio económico generada por la falta de reconocimiento de los sobrecostos en que incurrió el contratista en desarrollo del acuerdo.

En cuanto a la parte accionada, la Sala estima legitimado en la causa por pasiva a la Nación –Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, dada su condición de entidad contratante del negocio jurídico génesis de la reclamación.

#### **4) Análisis de la apelación**

Por razones metodológicas, la Sala se ocupará en primer lugar de analizar los argumentos del recurso de apelación impetrado por la parte demandada, toda vez que su cometido principal radica en reprochar el reconocimiento de los sobrecostos en favor del contratista derivados de la supuesta fractura económica del contrato, mientras que la alzada instaurada por la parte demandante persigue el aumento de los mencionados sobrecostos, de tal suerte que el estudio del segundo depende de lo que se resuelva en relación con el primero.

##### **4.1) Recurso de la parte demandada**

Recuerda la Sala que los argumentos de la apelación formulada por la entidad demandada se orientaron a cuestionar el hecho de que el Tribunal hubiera reconocido el desequilibrio económico derivado de los sobrecostos que supuestamente debió asumir el contratista con ocasión de las actividades derivadas del Modificadorio No. 2 al Contrato 1713-CEITE-DITEJ-2009, sin tener en consideración que dicho documento versó sobre variaciones en las especificaciones técnicas respecto de las cuales no se evidenció inconformidad por parte del contratista, la que, de existir, debió ser puesta en conocimiento de la entidad en ese mismo instante y no en la etapa de liquidación del contrato.

---

<sup>8</sup> Fl. 57 C2.

En ese sentido, sostuvo que, al no haberse incorporado en su texto una variación del precio acordado, la suscripción del Modificadorio No. 02 sin reparo por parte del contratista, llevó a la asunción de riesgos respecto del posible aumento de costos.

Reprochó además que el Tribunal no especificara de forma concreta en qué consistieron las supuestas solicitudes que, según el peritazgo y el testimonio técnico del ingeniero de sistemas que participó en su práctica, formuló la entidad para que el contratista llevara a cabo las actividades adicionales por cuyo pago resultó condenado.

Finalmente, sostuvo que, aun cuando el peritazgo manifestó que se ejecutaron las dos fases previstas en los estudios previos para la adquisición de los equipos y su puesta en funcionamiento, lo cierto es que no se había acreditado en qué cantidad se adelantaron.

Para resolver los cargos del recurso de apelación interpuesto por la demandada, la Sala parte de recordar que las pretensiones de la demanda se encaminaron a obtener, además de la declaratoria de nulidad del acto que liquidó unilateralmente el contrato y del que rechazó el recurso de reposición interpuesto en su contra, la declaratoria de la ruptura del equilibrio económico del contrato por circunstancias imprevistas ajenas a la demandante y derivadas de las modificaciones técnicas efectuadas a través del Modificadorio No. 02 al Contrato 1713-CEITE-DITEJ-2009.

Al abordar el estudio probatorio del caso, el Tribunal *a quo* concluyó que, en efecto, en este evento había concurrido una causal generadora de ruptura de la ecuación contractual del contrato, consistente en el ejercicio del *ius variandi*, en cuanto las modificaciones al objeto contractual emanaron de la voluntad unilateral de la administración contratante que impuso al demandante la carga de cumplir prestaciones que no fueron inicialmente pactadas, por no corresponder a la tipología contractual de compraventa celebrada y las cuales precisó que no se originaron en el Modificadorio No. 2, sino con posterioridad a su suscripción, de tal forma que no resultaba viable exigirle al accionante reparos frente a su suscripción.

Ante este panorama, en atención a que de la lectura de la sentencia de primera instancia se evidencia que la decisión se estructuró sobre la base de que el desequilibrio económico alegado se debió a que las actividades ejecutadas

desbordaron la naturaleza del contrato de compraventa celebrado entre las partes, porque, en su criterio, varias de las prestaciones no se identificaban con esa tipología, cuestión que, afirmó, condujo a la entidad a ejercer el *ius variandi* para exigir su ejecución, la Sala empezará por referirse al alcance de las obligaciones contraídas por mérito del Contrato No. 1713-CEITE-DITEJ-2009.

Seguidamente, para desatar la alzada, la Sala realizará algunas precisiones frente a ciertos tópicos relacionados con el *ius variandi* como causa generadora del desequilibrio económico del contrato y los efectos vinculantes de las modificaciones contractuales sin adición en valor y extensión del plazo, todo lo cual se abordará de manera articulada y simultánea con el examen del caso concreto.

#### 4.1.1) Consideraciones preliminares sobre el alcance de las obligaciones contraídas en virtud del Contrato de Compraventa No. 1713- CEITE-DITEJ-2009

Como viene de anotarse, la discusión que subyace en la controversia puesta a consideración de esta instancia apunta a que las obligaciones que debió ejecutar el contratista UT Sims Ltda. – Sims Technologies Ltda., en cumplimiento del contrato No. 1713- CEITE-DITEJ-2009, no se compadecieron con las propias de una compraventa, entendida en voces del Tribunal, que, a su turno, acudió a la noción ofrecida por el Código Civil, como un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra pagarla en dinero. Para el fallador, esta situación desbordó el alcance del acuerdo celebrado y llevó a que la entidad, a través del ejercicio del *ius variandi*, demandara del contratista el cumplimiento de prestaciones que al comienzo no fueron pactadas.

Estas consideraciones encontraron apoyo en los estudios previos elaborados el 26 de noviembre de 2009 por la Dirección de Telemática del Ejército Nacional y que sirvieron como fundamento de la presente contratación<sup>9</sup>.

En ese documento se advirtió que, dada la complejidad de un proyecto de contingencia de centro de datos, debían considerarse diferentes aspectos como: la identificación y valoración de activos informáticos que impactaran la operación, la identificación de la infraestructura, el establecimiento de procedimientos de recuperación y, por el volumen de infraestructura tecnológica actual y la

---

<sup>9</sup> Fls. 329-349 C1.

complejidad de los servicios informáticos con los cuales contaba el Ejército, el proyecto debía ejecutarse en dos en dos fases, así (se transcribe literal):

***“FASE I. ADQUISICIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DE COMUNICACIONES, ALMACENAMIENTO Y PROCESAMIENTO PARA EL CENTRO DE DATOS ALTERNO.***

***“Alcance En esta primera fase a desarrollar en el presente proyecto y a ejecutarse en el segundo semestre del año 2010 se pretende adquirir parte de la infraestructura informática en servidores, comunicaciones y seguridad de red requerida para soportar réplicas de la data, infraestructura de bases de datos y de algunas aplicaciones Oracle sensibles o críticas del Ejército; previendo de igual forma un crecimiento en réplica y contingencia de los demás servicios prestados por la Dirección de Telemática tales como Directorio Activo, Correo electrónico, intranet y otros sistemas de información independientes que prestan apoyo en las funciones del personal del Ejército Nacional a implementarse en una segunda fase. Así mismo de un centro de procesamiento y resguardo tipo container de estos sistemas y del sistema de almacenamiento. Por ello se requiere:***

***“1.- Adquisición de un contenedor datacenter (DC) y un contenedor unidad de servicio (generador de energía), el Datacenter deberá contar con los siguiente sistemas: • Sistema de rack • Sistema de red eléctrica y lógica.***

***• Sistema de potencia ininterrumpida • Sistema de monitoreo • Sistema de detección y extinción de incendio • Sistema de enfriamiento • Sistema de seguridad física CCTV • Sistema de Seguridad de datos • Sistema de control de acceso • Sistema de iluminación Para que este centro de datos alterno, posea la movilidad requerida para poder operar desde cualquier lugar y así mantener segura su ubicación en caso de un ataque Interno o externo, se adquirirá un sistema de transporte, el cual consiste de dos tráiler con la capacidad de transportar el Datacenter y su unidad de servicio y así poder contar con un Datacenter alterno transportable (DCT). Estos requerimientos están basados en las especificaciones presentadas para el proceso No. 28-CEITE-DITEJ-2009. De la misma manera se deben ubicar dos puntos estratégicos, uno como contingencia de otro, en cualquier unidad militar del país; con el fin de establecer la comunicación del DCT con el Comando del Ejército y sus demás Unidades.***

***“1.- Adquisición de equipos de comunicaciones, procesamiento, almacenamiento y seguridad: • Switch Core de comunicaciones • Un Blade de catorce (14) servidores para instalación y configuración de las diferentes herramientas que soportan los servicios informáticos del Ejército. • Equipos de seguridad de redes: Sistema de control de acceso***

*a la red (Firewall), Sistema de protección de intrusiones (IPS) y Sistema de navegación a internet (Proxy) • Almacenamiento adicional para la Unidad de SAN a instalar en el DCT*

*“2.- Adquisición de software de replicación de datos y demás software requerido de sistema operativo y propietario de máquinas tipo appliance.*

*“3.- Diseño del plan de recuperación de desastres inicial y demás documentación requerida.*

*“4.-Replicación de 16 instancias de base de datos soportados bajo la plataforma Oracle del Comando del Ejército, cada uno de ellos en diferentes niveles (data o almacenamiento en SAN, infraestructura de base de datos y nivel de aplicación OAS). Con el fin de contar con la contingencia tanto en datos en el sistema de almacenamiento, infraestructura y administración de base de datos y para algunas de estas instancias la interfaz de aplicaciones, las cuales están soportadas bajo OAS (Oracle Aplicación Server), tal como se muestra en el siguiente cuadro.*

*“(…).*

*“Estas aplicaciones deben quedar en funcionamiento y replicación hasta los niveles señalados.*

*“(…).*

*“El valor cero (0) en existencias indica que en la actualidad el Ejército Nacional no cuenta con este elemento y se expresa en uno (1) la necesidad de adquirir la primera fase de una solución que garantice la contingencia del procesamiento de la Información del Ejército Nacional y así garantizar la misión Institucional encomendada por el Gobierno Nacional y la Constitución Política.*

*Recomendaciones técnicas Para la ejecución de las pruebas de los equipos a adquirir para la contingencia y las pruebas de réplicas con el Centro de datos principal y del DCT se debe tener en cuenta:*

*“1. Adquisición o arrendamiento de un canal de comunicaciones con los anchos de banda y características entregadas por el estudio previo del DRP. Este canal deberá adquirirse por la Dirección de Telemática del Ejército en el primer trimestre del año 2010.*

*“2. Para la configuración de la replicación, la Dirección de Telemática deberá suministrar el personal necesario y suficiente con los respectivos conocimientos tanto en la infraestructura de base de datos como de nivel de aplicación, así como de los administradores de los diferentes sistemas a replicar para que efectúen las instalaciones y*

configuraciones de las instancias de base de datos y aplicaciones del Ejército Nacional. Igualmente este personal deberá asesorar al comité supervisor en las diferentes pruebas de replicación.

“3. Se deberá seguir contratando el mantenimiento y soporte para la infraestructura del contenedor y cada uno de sus sistemas (aire acondicionado, UPS, detección de incendio, etc.) y de los equipos de comunicaciones, procesamiento y seguridad anualmente a partir del segundo semestre del año 2012. Para el sistema de almacenamiento en SAN este mantenimiento deberá contratarse a partir del 2014. Deberán seguir haciéndose las respectivas renovaciones por mantenimiento y actualizaciones del licenciamiento del software de réplica, motor de base de datos y aplicación de Oracle y sistemas operativos desde el segundo semestre del año 2012.

“4. Continuar migrando y replicando las demás aplicaciones sensibles en la operación del Ejército Nacional basados en su infraestructura y en un Plan de Continuidad del negocio (BSC), el cual se deberá diseñar previamente.

“5. Definir y ejecutar el Plan de Recuperación de Desastres del Ejército Nacional donde se contemple cada uno de los sistemas y servicios informáticos a incluir dentro de la contingencia.

“6. Nombrar diferente personal de ingenieros y técnicos de la Dirección de Telemática para que realicen las respectivas tareas migración y replicas; así como de administración y revisión de las mismas y de acuerdo al Plan de Recuperación de Desastres el cumplimiento de sus funciones en contingencia.

“7. En los sitios de ubicación en donde se va a ubicar el DCT se deberá estar realizando monitoreo remoto y se debe garantizar el mantenimiento de la seguridad física. 8. Se deben tener en cuenta las observaciones emitidas por el CITI del Ministerio de Defensa, con respecto al presente proyecto.

“(…)”.

## **“FASE II. REPLICACIÓN GRADUAL DE LA INFRAESTRUCTURA PARA LA CONTINUIDAD Y CONTINGENCIA DE LOS SERVICIOS SENSIBLES DEL EJÉRCITO NACIONAL**

“Esta fase es la continuación del desarrollo de contingencia para el centro de cómputo, el cual bajo los resultados arrojados por un Plan de continuidad del negocios que se deberá diseñar y un Plan de Recuperación de desastres y que en relación con las consultorías realizadas en el año 2009 del servicios de red y sistemas de Información que impactan la misión del Ejército; y que acuerdo con los

*recursos económicos presupuestados por la Dirección de Telemática se deberán llevar gradualmente a un ambiente de replicación y contingencia del Datacenter alternativo, para lograr al final contar con una contingencia total del Centro de Datos Primario del Comando del Ejército.*

*“Esta fase se compone de dos actividades:*

*“1. Recopilación de la información*

*“2. Migración y réplica*

*“De acuerdo a solicitud de cotización para esta segunda fase, la empresa ThinkPipe S.A.S., presentó propuesta económica el día 18 de noviembre de 2009, donde informa que: "... La Migración y Réplica de Datos para el Ejército Nacional puede llegar a un Importe aproximado de 950.000 dólares", sin incluir el IVA”.*

El operador de primer grado igualmente basó su decisión en las conclusiones arrojadas por el dictamen técnico pericial practicado a petición de la parte actora por los peritos ingenieros de sistemas Jorge Enrique Molina, Óscar Elías Herrera, Álvaro Escobar y Juan Camilo Montoya, convocados para que, a través de la información técnica suministrada por la parte actora y asociada directamente a la ejecución del Contrato No. 1713, determinaran si las especificaciones contenidas en la solicitud de la oferta eran suficientes para cumplir el objeto contractual y si existieron actividades adicionales y conexas cuya realización no se desprendía del objeto contractual originalmente concebido.

En desarrollo de la experticia, frente al interrogante de cómo era el desarrollo inicial del proyecto de acuerdo con las especificaciones técnicas, se concluyó que (se transcribe literal):

*“... hay actividades conexas, que van más allá del objeto del contrato y del tipo de contrato ‘compra-venta’, relacionados con recuperación de desastres, entendiéndose por recuperación de desastres al conjunto de procedimientos para la administración, operación y monitoreo, así como acciones para mitigar y remediar un evento catastrófico en escenarios militares para lo cual debe estar preparado el Centro de Datos Transportable, así como disponibilidad 7x24x365 del centro de datos transportable. De igual forma realizar adecuaciones físicas (obras civiles, adecuaciones estéticas, infraestructura hidráulica, eléctrica y de comunicaciones) para las pruebas y demostraciones para las entregas programadas, además de un gran número de actividades*



*complementarias y no necesariamente relacionadas con el objeto del contrato.*

*“El objeto hace referencia explícita a un contrato de compra-venta de hardware, más no a un componente extenso de servicios de consultoría para la implementación de software, migración de datos, pruebas y formulación de planes de gestión del centro de datos transportable”<sup>10</sup>.*

En consonancia con lo anterior, la primera instancia hizo especial énfasis en el testimonio rendido por uno de los peritos que participó en la práctica del dictamen, ingeniero de sistemas Jorge Enrique Molina, quien, en relación con ese punto, declaró (se transcribe literal):

*“Respuesta: exactamente eso fue lo que sucedió. El contratista cumplió con ese exceso de requerimiento para el momento de la ejecución, esto es un símil, muy fácil, como para comprender que paso, se compra un computador, en cualquier lugar, y uno lo compra con una instalación para que me lo lleven a la casa y me lo dejen instalado, el señor que lo compro, pide que por favor se le instale el software y aparte de eso, pásame la información que yo tenía en el otro computador, instáleme el antivirus, instáleme la ups, y ayúdeme a renovar licencia, antivirus, y software, que voy a mantenerlo, esto no estaba en el contrato inicial, el contrato inicial fue de compraventa de un computador, llevarlo a un sitio y dejarlo ahí; y lo que en este proceso es exactamente eso, una cantidad de adicionales que fueron lo que repercutieron en el mayor valor del contratista.*

*“Pregunta Despacho: ósea que dentro del objeto estaba solo instalarlo y entregarlo?*

*“Respuesta: tal cual. Es muy explícito, se concretaba en todo lo que debía contener esas cajas en donde debería llevar a un sitio, con unas pruebas básicas” (subraya la Sala).*

Pues bien, revisado el acopio probatorio con apego al cual el fallador de primera instancia consideró que en el caso se había presentado un desequilibrio económico en razón a que el Ministerio de Defensa, a través del ejercicio del *ius variandi*, le había impuesto al contratista la carga de ejecutar actividades que no resultaban acordes y compatibles con el objeto del tipo contractual de compraventa celebrado, la Sala considera que las probanzas relacionadas no resultan suficientes para arribar a las conclusiones sentadas en el fallo impugnado

---

<sup>10</sup> FI.7 C4.

en torno al alcance de las prestaciones a cuyo cumplimiento se obligó la demandante, según pasa a exponerse:

Esta Corporación en sendas ocasiones ha sostenido que al margen de la denominación que se le imprima a un determinado negocio jurídico, tal circunstancia no resulta determinante de la tipología a la que obedece, pues para tal fin indefectiblemente deben consultarse los elementos de su esencia, sin cuya concurrencia u observancia el negocio jurídico sería inexistente o se convertiría en otro diferente<sup>11</sup>.

Siguiendo ese orden, se observa que, aun cuando la legislación civil no definió de manera precisa en qué consiste o sobre qué recae el objeto de un contrato como elemento esencial, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha concebido que tal noción abarca no solo aquellos supuestos inmersos y descritos en la cláusula que normalmente lleva su nombre, siendo necesario indagar el contenido de todas aquellas estipulaciones de carácter obligacional que lo conforman, esto es, las prestaciones a cuyo cumplimiento recíprocamente se obligan los extremos del negocio, con independencia de que estén vertidas en la cláusula identificada con esa 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,...”<sup>12</sup>.*

En armonía con lo anotado, cabe advertir que, por vía de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 en materia de contratación estatal, cobran vigor las reglas de interpretación de los contratos recogidas en el Código Civil, cuyo canon 1622 establece que *“Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por*

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de febrero de 2018, exp. 55.147, Actor: Constructora Ruiz Arévalo, Demandado: Inviyumbo.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 16 de septiembre de 2013, exp. 30.571, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

*otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”.*

Dicho lo anterior, procederá la Sala a explorar el contenido de los estudios previos, de la solicitud de la oferta basada en los mismos, del contrato celebrado como resultado de aquella y de sus anexos, con el fin de establecer el verdadero alcance de las obligaciones contraídas con ocasión de su suscripción:

Se encuentra acreditado en el plenario que el 26 de octubre de 2009, amparado en el literal d) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 <sup>13</sup> y en el numeral 5) del artículo 79 del Decreto 2474 de 2008<sup>14</sup>, el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional dio apertura al procedimiento de contratación directa No. 680, para la adquisición de un centro de comunicaciones, almacenamiento y procesamiento de datos para el Ejército Nacional, de carácter reservado, para el mantenimiento de seguridad y defensa.

Para ese propósito se realizó la solicitud de oferta, en cuyo Anexo No. 2 se establecieron las especificaciones técnicas mínimas, integradas por los siguientes factores:

Componentes del Datacenter transportable, sistema de transporte, Datacenter transportable DTC, contenedor de soporte o unidad de servicio (de la planta de energía), elementos de conexión externos, equipos activos, replicación, plan de

---

<sup>13</sup> Ley 1150 de 2007. “**Artículo 2°.** De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

“(…).

“4. **Contratación directa.** La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

“(…).

“d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;”.

<sup>14</sup> Decreto 2474 de 2008. “**Artículo 79.** Contratación reservada del Sector Defensa y el DAS. Para los efectos previstos en el numeral 4 literal d) del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, entiéndase por bienes y servicios en el sector defensa que necesitan reserva para su adquisición los siguientes:

“(…).

“5. Equipos y demás implementos de comunicaciones, sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento”.

recuperación de desastres, entregables, recurso humano del oferente y otros aspectos<sup>15</sup>, discriminados a su turno de la siguiente manera ( se transcribe literal):

*“1.1.- Deberá proveer los siguientes sistemas y elementos necesarios junto con su instalación, configuración, y puesta en marcha de un (1) Datacenter Transportables diseñados de acuerdo a las especificaciones del Ejército Nacional.*

*“(…).*

*“1.3. Deberá proveer los servicios de mantenimiento y soporte sobre el Datacenter Transportable con todos sus sistemas y la unidad de servicio, durante un tiempo mínimo de dos años.*

*“1.4. (...). Posteriormente deberá proveer los servicios de capacitación en Bogotá mínimo para 10 personas (10) días sobre la operación de los equipos instaladas en la solución.*

*“1.5. Deberá proveer el licenciamiento perpetuo con soporte y manteniendo por dos años (2) años del software de replicación propuesto para la solución.*

*“(…).*

*“1.9. Prueba de movilidad y conectividad entre sitios.*

*“6. Elementos de conexión externo:*

*“6.1. Deberá incluir la adecuación de los sitios donde se vaya a ubicar el DTC. Este sitio debe tener las siguientes adecuaciones:*

- “Superficie plana firme y nivelada en concreto suficiente para el tamaño de los dos trailers.*
- Acometida de agua potable con sus respectivos acoples.*
- Acometida eléctrica con sus respectivos acoples.*
- Sistema de puesta a tierra.*
- Última milla de fibra óptica.*
- Iluminación perimetral del sitio.*
- Malla de cerramiento.*

*“6.2. Se debe incluir la conectorización de la fibra la adecuación en dos sitios en que el Ejército escoja que garanticen la conectividad del datacenter. Se deben incluir todos los elementos y adecuaciones necesarias para garantizar la operatividad y seguridad del punto.*

*“(…).*

---

<sup>15</sup> Fls. 545-614 C3.

*“Se debe incluir adecuación de red de agua hasta la ubicación del DTC en los dos sitios anteriores, para dejar un punto de servicio cercano al contendedor.*

*“7. Equipos activos.*

*“(…).*

*“7.2. El oferente adjudicatario debe incluir y configurar los siguientes elementos para garantizar el funcionamiento de la SAN IBM 5300 existente para operar como medio alternativo de la SAN IBM5300 del centro de cómputo principal.*

*“(…).*

*“8. Replicación.*

*“8.1. Servicios de replicación.*

*“8.1. el proponente debe diseñar, implementar, afinar y poner en funcionamiento los servicios de replicación total como contingencia (datos, motor de bases de datos y aplicación) de la plataforma Oracle y el sistema de almacenamiento SAN con que cuenta actualmente el Ejército Nacional. Esta replicación será efectiva y funcional para los siguientes servicios en los siguientes niveles:*

*“(…).*

*“8.2 Prueba de funcionamiento.*

*“(…).*

*“8.2.2. El oferente adjudicatario debe establecer la prueba del plan de contingencia en ámbito controlado que incluya líneas de tiempo, riesgos y controles, asegurado la integridad de las comunicaciones, equipos e información involucrada. Este plan deberá ser entregado para su aval por parte del Comité Supervisor del contrato.*

*“(…).*

*“9. Plan de recuperación de desastres y entregables.*

*“(…).*

*“9.2. El oferente deberá proveer los servicios necesarios para diseñar y entregar el Disaster Discovery Planning (DRP) y sus procedimientos en caso de contingencia tanto en el centro de cómputo principal como en el DTC.*

*“9.3. El plan de recuperación de desastres debe contener como mínimo los siguientes documentos y procedimientos:*

- *Documentación, estudio y diagramas de la conectividad requerida entre el DCT y el centro de cómputo principal.*
- *Diseño y especificación de los procesos de operación, contingencia y retorno.*
- *Procedimiento para administración, operación y monitoreo del DTC en condiciones normales.*
- *Procedimiento para administración, operación y monitoreo de la replicación de datos del Centro de Cómputo Principal al DTC (...).”*

Además, se indicó que la solución sería entregada en el batallón de abastecimientos e instalada y probada donde definiera el Ejército Nacional.

Como resultado de lo anterior, el 3 de diciembre de 2009, el Ministerio de Defensa Ejército Nacional y la unión temporal Sims Ltda. y Sims Technologies Ltda. celebraron el contrato de Compraventa No. 1713 – CEITE-DITEJ-2009<sup>16</sup>, cuyo objeto se pactó en los siguientes términos (se transcribe literal):

*“EL CONTRATISTA vende al M-D-N-EJÉRCITO NACIONAL, “LA ADQUISICIÓN DE UN CENTRO DE COMUNICACIONES, ALMACENAMIENTO Y PROCESAMIENTO DE DATOS PARA EL EJÉRCITO NACIONAL DE CARÁCTER RESERVADO, PARA EL MANTENIMIENTO DE SEGURIDAD Y DEFENSA COMPUESTO POR: COMPONENTES DEL DATACENTER TRANSPORTABLE, SISTEMA DE TRANSPORTE, DATA CENTER TRASNPORABLE DCT, CONTENEDOR DE SOPORTE O UNIDAD DE SERVICIO (DE LA PLANTA DE ENERGÍA), ELEMENTOS DE CONEXIÓN EXTERNOS, EQUIPOS ACTIVOS; de acuerdo con las especificaciones técnicas indicadas en los estudios previos, solicitud de oferta y su anexo 2, de la contratación directa No. 680-CEITE-DITEJ-2009 y la oferta presentada por el contratista, que hacen parte integral del presente contrato y que en adelante se denominaran BIEN” (destaca la Sala).*

El valor del contrato se convino en la suma de \$4.466'515.000, en función de los siguientes parámetros (se transcribe literal):

---

<sup>16</sup> Fls. 57-63 C1.

ÍTEM	REQUERIMIENTO	CANTIDAD OFERTADA	VALOR UNITARIO BASE EN PESOS	IVA	VALOR UNITARIO TOTAL EN PESOS	VALOR TOTAL
1	<i>ADQUISICIÓN DE UN CENTRO DE COMUNICACIONES, ALMACENAMIENTO Y PROCESAMIENTO DE DATOS PARA EL EJÉRCITO NACIONAL DE CARÁCTER RESERVADO, PARA EL MANTENIMIENTO DE SEGURIDAD Y DEFENSA COMPUESTO POR: COMPONENTES DEL DATACENTER TRANSPORTABLE, SISTEMA DE TRANSPORTE, DATA CENTER TRANSPORTABLE DCT,</i>	1	4.466.515.000,00	N/A	4.466.515.000,00	4.466.515.000,00

	CONTENIDO R DE SOPORTE O UNIDAD DE SERVICIO (DE LA PLANTA DE ENERGÍA), ELEMENTOS DE CONEXIÓN EXTERNOS, EQUIPOS ACTIVOS					
TOTAL						\$4.466.515. 000

De conformidad con la cláusula séptima, el plazo de ejecución se pactó en los siguientes términos (se transcribe literal):

*“EL CONTRATISTA entregará el BIEN al M.D.N-EJÉRCITO NACIONAL hasta el 15 de junio de 2010, de acuerdo con las cantidades indicadas en la cláusula primera y plazos que se indican a continuación: así: por la entrega total del BIEN al M.D.N-EJÉRCITO NACIONAL, levantará un acta de entrega, en las cuales se hará constar el recibo a satisfacción por parte del M.D.N EJÉRCITO NACIONAL; estas actas deberán ser suscritas por el supervisor, comité técnico y el representante designado por el CONTRATISTA. EL ACTA DE RECIBO será perfeccionada y expedida dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la entrega total del BIEN a satisfacción del M.D.N EJÉRCITO NACIONAL. Dentro de este plazo el supervisor y comité técnico, efectuaran las revisiones del BIEN de conformidad con lo establecido en el presente contrato.....parágrafo segundo: entrega del bien: La entrega del BIEN se dará en el Batallón de Abastecimientos, configurados, en la ciudad de Bogotá, e instalaciones donde defina el MDN-EJÉRCITO NACIONAL. El supervisor y comité técnico verificará el cumplimiento de las características técnicas consignadas en la oferta presentada por el CONTRATISTA con base en la cual se adjudicó el presente contrato. PARÁGRAFO SEGUNDO: ANÁLISIS DE CUMPLIMIENTO DE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DEL BIEN: Para la entrega del BIEN objeto del presente contrato corresponde al comité técnico y al supervisor del contrato, emitir un concepto de inspección de calidad en*



*el cual debe constar si el BIEN corresponde a la entrega total, cumple o no con las especificaciones técnicas indicadas en los estudios previos, solicitud de oferta dentro de la contratación directa No. 680-CITE-DITEJ-2009 y la oferta presentada por el CONTRATISTA”.*

A su turno, las obligaciones contraídas por el contratista estribaron en (se transcribe literal):

*“1. El contratista se obliga a cumplir a cabalidad con todas y cada una de las obligaciones contenidas en los estudios y documentos previos, en la solicitud de la oferta especialmente con lo relacionado con las especificaciones técnicas relacionadas en el anexo No. 2, de la solicitud de oferta No. 680-CEITE-DITEJ-2009 y la oferta presentada por el contratista y la ley. 2. Hacer llegar la garantía única en los tiempos exigidos, de acuerdo a las cuantías, los amparos y coberturas establecidas en el presente contrato” (subraya la Sala).*

Despejado como está el panorama negocial puesto de presente, a efectos de su contenido obligacional, la Sala recuerda que la compraventa se encuentra definida en el artículo 905 del Código de Comercio como *“un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”.*

Igualmente, el contrato de compraventa se halla tipificado en el Código Civil en su artículo 1849, el cual establece que:

*“La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”.*

Como se observa con claridad, la compraventa entraña dos elementos esenciales, que, en el caso del vendedor, se traducen en el traslado de la propiedad y la entrega material de una cosa mueble o inmueble y, para el comprador, se materializa en el pago de un precio.

En esa medida, todo vínculo contractual que cobije cargas prestacionales de otra índole o que desborden o excedan las anteriormente mencionadas, eventualmente habrá de derivar en un contrato distinto, sin que con ello se descarte la posibilidad de que se puedan contemplar obligaciones adicionales que conformen un objeto complejo, encaminadas de manera inequívoca a la concreción de la finalidad pública perseguida, que, en este caso puntual, involucra la adquisición de los

bienes y su destinación a la defensa y seguridad nacional.

De la valoración sistemática de los documentos precontractuales y contractuales vinculados con la celebración del negocio jurídico 1713 CEITE DITEJ-2009, se aprecia que, al margen de que el contrato se hubiera identificado con la tipología de compraventa, y que su objeto hubiera atendido a la descripción de “*adquisición de bienes*”, ciertamente las obligaciones pactadas, estimadas en conjunto, comprendieron la ejecución de actividades que iban más allá de la transferencia de dominio de un centro de comunicaciones, almacenamiento y procesamiento de datos, compuesto por un datacenter transportable, un contenedor de soporte o unidad de servicio, elementos de conexión externos y equipos activos, en condiciones de funcionalidad.

En efecto, dentro de las actividades descritas en el Anexo No. 2, que hizo parte integral de la solicitud de la oferta, así como del contrato celebrado como producto de la misma, se hallaba la capacitación sobre la operación de los equipos instalados; la provisión del licenciamiento perpetuo y el mantenimiento del software de replicación; la realización de pruebas de conectividad; la ejecución de obras de adecuación del terreno donde se ubicaría el datacenter, que implicaba la instalación de redes de energía y agua potable; la realización de actividades de replicación a través de su diseño, implementación y puesta en funcionamiento; la prestación de los servicios necesarios para el diseño y entrega del plan de recuperación de desastres.

Surge con nitidez que, a pesar de que el componente principal que integró el objeto del Contrato No. 1713-CEITE-DITE-2009 obedeció a la adquisición de bienes, es indudable que en el también se encuentran inmersas unas prestaciones conexas dirigidas a optimizar la funcionalidad y operatividad del datacenter transportable que se habría de adquirir.

Con lo dicho esta Sala, más que intentar encuadrar o desligar de la tipología de la compraventa el contrato bajo examen, o determinar si se trató de una compraventa con prestaciones adicionales en procura de la concreción de su objeto en términos de funcionalidad u operatividad, esto es, con objeto jurídico complejo, o en hacerlo derivar en una tipología diferente, lo que se pretende es evidenciar que desde la formulación de la solicitud de la oferta fue de entero

conocimiento del demandante que las actividades a ejecutar no solo respondían a la entrega de bienes y al traslado de su titularidad.

La descripción de actividades condensadas en el Anexo No. 2, y que hicieron parte de la solicitud de la oferta, revelaron la necesidad de realizar mucho más que aquello y, como consecuencia, la propuesta debía estructurarse teniendo en consideración ese documento y no simplemente basarse en la descripción del objeto contemplado en la minuta del contrato.

Esta conclusión no se altera por el hecho de que los estudios previos base de la solicitud de la oferta hubieran estimado la posibilidad de realizar dos contratos diferentes para ser ejecutados en fases distintas, pues, finalmente, sin ahondar acerca la validez de esa conducta, por no ser un punto medular de estudio, lo cierto es que al dar apertura al procedimiento de contratación y al haber realizado la solicitud de oferta, la entidad demandada optó por concentrar en un contrato las prestaciones relativas a la adquisición y entrega de bienes y aquellas asociadas al funcionamiento de los equipos adquiridos, cuestión que, de inicio, se reitera, fue del conocimiento del oferente interesado en contratar.

Bajo estas condiciones, la Sala no comparte la posición del Tribunal en cuanto concibió como causa genérica del desequilibrio económico del contrato la demanda de actividades por parte del Ministerio de Defensa Ejército Nacional que no guardaban relación con la tipología de compraventa. Desacertado resultaba considerar que el contratista solo se había comprometido a entregar los bienes y a instalarlos, cuando, indiscutiblemente, según las especificaciones técnicas en referencia, develadas en la etapa precontractual, existían varios componentes de prestación de servicios, elaboración de diseños y ejecución de obras que, al ser parte integrante del objeto contractual, debían ser seriamente estimadas.

#### 4.1.2) El *ius variandi* como causa generadora del desequilibrio económico del Contrato 1713-CIETE-DITEJ-2009

De acuerdo con lo sostenido por la primera instancia, la causa específica del desequilibrio económico sufrido por el contratista estribó en el ejercicio del *ius variandi* en cabeza de la entidad contratante y por cuya virtud modificó unilateralmente las especificaciones del objeto contractual y demandó de la unión temporal la realización de actividades que escapaban a su tipología.

La premisa sentada por el Tribunal como génesis de su decisión convoca a la Sala a realizar las precisiones que siguen:

Esta Subsección en varios de sus pronunciamientos se ha ocupado de enfatizar que la conservación de la ecuación económica propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y que le sirvieron de cimiento a la misma.

En ese sentido, ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos a las partes cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles 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*” o “*Ius variandi*”, dependiendo de la entidad de donde emanen, pero que no se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante<sup>17</sup>.

Este acontecimiento dará lugar a que la parte afectada solicite a su co-contratante la adopción de los mecanismos de ajuste y revisión de precios, así como la implementación de los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución del contrato.

Respecto del ejercicio del *Ius variandi*, tanto la doctrina<sup>18</sup> como la jurisprudencia de esta Corporación han concebido que su materialización se identifica con el ejercicio de las potestades excepcionales<sup>19</sup>, facultades por entero regladas por el legislador y que por lo mismo comportan el desarrollo de una actuación legítima y jurídica de la entidad contratante llamada a cristalizarse a través de actos administrativos y cuya adopción, en cuanto tiene vocación para alterar las

---

<sup>17</sup> En ejercicio de función administrativa, en una situación diferente a la de cocontratante.

<sup>18</sup> BENAVIDES, José Luis. “*El contrato estatal. Entre lo público y lo privado*”. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia, octubre 2010. Página. 152. “*La segunda posibilidad de modificación de la ecuación contractual imputable a la administración contratante es el ejercicio lícito de las prerrogativas del poder público*”.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio “*El ejercicio del Ius variandi, según quedó visto, también puede ser causa de desequilibrio económico de los contratos estatales, que se configura cuando la administración en ejercicio de las potestades exorbitantes de interpretación, modificación y terminación unilaterales del contrato<sup>19</sup> altera las condiciones existentes al momento de contratar*”.

condiciones económicas pactadas de inicio, a su turno, da lugar a que, en términos del segundo inciso del ordinal primero del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 se proceda “*al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial*”.

Una de esas prerrogativas corresponde a la potestad excepcional de modificación unilateral consagrada en el artículo 16 del Estatuto de Contratación Estatal con arreglo a la cual “*Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios*”.

Así pues, atendiendo a los lineamientos normativos y conceptuales que ubican al *ius variandi* como causa generadora de la ruptura de la ecuación financiera del contrato, para la Sala no queda otra camino que el de apartarse de las consideraciones del *a quo*, en cuanto estimó que ese fue el origen de ruptura del equilibrio económico del contrato, dado que se echa de menos la existencia de algún acto administrativo por cuya virtud y con apoyo en la facultad prevista en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional hubiera modificado unilateralmente el objeto del Contrato 1713-CEITE-DITEJ-2009.

#### 4.1.3) De los efectos vinculantes de las modificaciones contractuales sin adición en valor y extensión del plazo

Es preciso acotar que, aun cuando el Tribunal de primera instancia consideró que la causa generadora de ruptura del equilibrio económico del contrato no guardaba correspondencia con las alteraciones al alcance del objeto contractual introducidas a través del Modificadorio No. 02, sino con las variaciones a las especificaciones técnicas dispuestas unilateralmente por el ente castrense con posterioridad a su suscripción mediante el ejercicio del *ius variandi*, -cuya implementación acaba de descartarse en el presente asunto-, lo cierto es que a la hora de determinar el

restablecimiento del equilibrio económico del contrato tuvo como base el valor arrojado por el dictamen pericial rendido por la auxiliar de la justicia Claudia Lilian Eslava, en el cual no se discriminaron los sobrecostos derivados de las actividades contenidas en el Modificadorio No. 02 y aquellas que, según el *a quo*, se dispusieron unilateralmente por la entidad, luego de la celebración de este acuerdo, debido a que se englobaron en un solo concepto estimado en la suma de \$3.705'421.300.

Se agrega a lo dicho, que las pretensiones de la demandada, relacionadas con la ocurrencia de la fractura económica, dieron cuenta de que los sobrecostos asumidos por la unión temporal se derivaron de las actividades insertadas en el Modificadorio No. 02, respecto del cual, precisamente, recae la censura de la apelación instaurada por el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, en cuanto, para el recurrente, no podría reconocerse costos adicionales frente a un acuerdo en el que no se varió el precio del contrato y el accionante no realizó reserva alguna.

Las anteriores circunstancias convocan a la Sala a realizar las siguientes reflexiones en torno a los efectos vinculantes de las modificaciones contractuales sin adición en valor y extensión del plazo.

En varias providencias de la Sección Tercera de esta Corporación se ha advertido que las etapas del contrato son de carácter preclusivo, lo que equivale a sostener que las partes gozan de las oportunidades para negociar y pactar las condiciones del contrato, así como para proponer y acordar sus modificaciones, con base en la información disponible al tiempo en que estas se suscriben y en sus propios cálculos, las cuales, una vez formalizadas, agotan la posibilidad en lo que se refiere a buscar nuevos reconocimientos sobre las mismas condiciones que se conocieron, o debieron conocerse, a la celebración del contrato o de su respectiva modificación<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 8 de noviembre de 2016, radicación: 17001233100020080013801 (47336), actor: Constructora Castilla y otros, demandado: Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Manizales – INFI-MANIZALES, acción: contractual. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 3 de agosto de 2016, radicación: 05001-23-31-000-2010-00587-01 (56.513) actor: Traing Trabajos de Ingeniería Ltda.- Hidroeléctrica de Colombia S.A.S., demandado: Cormagdalena, acción contractual, asunto: recurso de apelación. Igualmente, en la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A.

De otro lado, el entendimiento dispensado por esta Subsección a las renunciaciones anticipadas en torno a los efectos derivados del desequilibrio económico del contrato, esto es, realizadas antes de que ocurra el supuesto de fractura, apunta a señalar que las mismas no estarían llamadas a producir efectos vinculantes. Sobre el particular, esta Sala ha sostenido que:

*“La posibilidad de acudir a los instrumentos de ajuste y revisión de precios refleja, entre otros, el principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato, propio de los contratos conmutativos onerosos (artículos 1496 a 1498 del C.C.), a cuya categoría pertenecen gran parte de los contratos estatales (artículo 28, Ley 80 de 1993), por cuanto están orientados a garantizar que la prestación intrínseca se mantenga inalterable, es decir, que no sea sustancialmente distinta de aquella prevista al momento de acordar el sinalagma funcional (plazo, precio y objeto). Esto significa que las partes no pueden renunciar, antes de que se presente el supuesto de ruptura, a que se restablezca el equilibrio económico- financiero del contrato. Nadie puede renunciar a lo que desconoce;” (realza la Sala)<sup>21</sup>.*

Descendiendo las anteriores consideraciones al análisis del caso concreto, el acopio probatorio revela que:

Al año siguiente de celebrarse el Contrato 1713 CITE-DITEJ-2009, el 17 de febrero de 2010, la unión temporal solicitó al Ejército Nacional que, para continuar con la ejecución del proyecto Datacenter transportable, agendaran una serie de reuniones para aclarar algunos aspectos y hacer entrega del diseño final del DTC. Los asuntos a tratar consistieron en (se transcribe literal)<sup>22</sup>:

*“Planos eléctricos DCP (DATA CENTER PRINCIPAL).*

*“SISTEMAS DE RESPALDO ELÉCTRICO MARCAS Y MODELOS.*

*“PLANOS.*

*“DIAGRAMA DE FLUJO.*

*“LISTADO DE INVENTARIO DE HARDWARE Y SOFTWARE.*

*“LISTADO DE BASES DE DATOS Y APLICATIVOS.*

*“ESQUEMA MED LAN.*

*“DISTRIBUCION DE CORTE SWITCH.*

*“LISTADO DE EQUIPOS ACTIVOS Y PASIVOS DE LA RED.*

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, 14 de marzo de 2013, exp: 20524, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>22</sup> 512-513 C2.

*“DIAGRAMA RED NACIONAL DE COMUNICACIONES.*

*“PROVEEDORES DE SERVICIOS.*

*“A partir de estos listados podemos realizar la programación del DRP y programar las reuniones con el Ejército para esta actividad.*

*“DRP: Definición Comité de DRP del Ejército.*

*“Entrega de Diseño Final de la Solución de Data Center Transportable.*

*“Sistema de contenedor.*

*“Sistema Rack (...).*

*“Sistema de red eléctrica.*

*“Sistema de potencia ininterrumpida.*

*“Sistema de detección y control de incendios.*

*“Sistema de enfriamiento.*

*“Sistema de circuito cerrado de televisión.*

*“Sistema de control de accesos.*

*“Sistema de iluminación.*

*“Sistema para cables.*

*“(...).*

*“Sistema de equipos activos.*

*“Sistema contenedor de servicios.*

*“Visita al centro de datos principal para saber a dónde se instalará la SUN DS5300 y los servidores Blade HS22 junto con su chasis.*

*“(...).*

*“Confirmar cual es el procedimiento y ante quien se debe presentar el oficio de solicitud de entrada y luego de salida de los equipos activos (DSS303 ...) para comenzar con el proceso de instalación.*

*“Trámite de permisos de entrada de personal y equipos.*

*“(...).*

*“Entrega diseño final del Datacenter.*

*“(...).*

*“Oracle: Aclarar especificaciones Técnicas del Oracle (como versiones exactas de bases de datos y sistemas operativos y OAS).*

*“Presentación actividad de instalación y migración”.*

Luego, el 25 de febrero de 2010, la unión temporal expresó al Ejército que, en atención a que no se podía sacar información vital de ese organismo para la



elaboración del DRP, se acordó que se proporcionaría un puesto de trabajo en las instalaciones de esa entidad para las personas encargadas del DCT y un disco duro para guardar los datos, con el fin de no retirar algún de tipo de información vital del ente castrense. Por lo interior, solicitó que se confirmara el sitio donde se ubicaría el espacio de trabajo destinado para la UT, con el fin de iniciar la ejecución de las actividades.

Al mes siguiente, el 30 de marzo de 2010, la unión temporal indicó al Ejército que resultaba indispensable que dicha entidad le suministrara información relacionada con la contingencia SUN M4000 y el chasis blade H, entre otros<sup>23</sup>.

En comunicación del 6 de abril de 2010, la unión temporal manifestó al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional que, en relación con el proyecto de Datacenter transportable, en caso de que la entidad no contara con el conocimiento y/o recursos necesarios (personal, equipos, otros) para el desarrollo de algunas actividades, la sociedad SIMS podría suministrar el soporte necesario para poderlo llevar a cabo. No obstante lo cual, esto traería un costo adicional que sería asumido por el Ejército<sup>24</sup>.

El 19 de abril de 2010, la Unión Temporal Sims Ltda. – Sims Technologies Ltda. presentó a la entidad una justificación técnica respecto del cambio del uso del Dataguard (Oracle) por el de Softek, dado que, según señaló, una vez se tuvo acceso a la instalaciones del Ejército y se detalló la infraestructura del software y el hardware, se consideró que lo más conveniente para el éxito del mismo era tener en el DTC una infraestructura similar a la manejada por la fuerza militar en el ambiente de producción, es decir, máquinas Sun Solaris.

En ese sentido, precisó que se adicionaron 2 máquinas Sun Solaris de referencia M4000 y t5120 y así mismo se adquirieron licencias de Oracle necesarias para Data Guard, que ascendían a un valor adicional de US\$240.000<sup>25</sup>.

Ese mismo día, el contratista solicitó al Ejército que le describiera los aplicativos objeto del “*pliego*” que debían ir configurados en la cuchilla Windows y que le

---

<sup>23</sup> Fls. 23-24 C5.

<sup>24</sup> Fls. 22 C5.

<sup>25</sup> Fls. 20-21 C5.

informara quién sería el responsable por parte de la entidad de instalar el aplicativo NFS en la cuchilla Windows, ya que resultaba indispensable para la réplica de la información<sup>26</sup>.

Mediante escrito<sup>27</sup> del 18 de mayo de 2010, la Unión Temporal Sims Ltda. - Sims Technologies Ltda. solicitó a la Dirección de Telemática del Ejército Nacional que se autorizara realizar unos cambios respecto del objeto del Contrato 1713 CEITE-DITEJ-2009, relacionados con los siguientes numerales de las especificaciones técnicas enlistadas en la solicitud de oferta y plasmadas en la propuesta:

i) No. 1.2. Se recomendó modificar el sistema de transporte Chetah de un eje, para en su lugar utilizar el trailer Witzco de tres ejes por razones de seguridad, dirigibilidad y preservación de la estabilidad direccional.

ii) No. 12. Se sugirió utilizar el sistema UPS Eaton, en vez del sistema Liebert brindado en la oferta, debido a que este tenía unas dimensiones mayores, lo cual se oponía a las condiciones de adaptabilidad a los diseños del DCT, además de obtener mayores ventajas sobre el sistema inicialmente ofrecido, atinente al rendimiento de energía, a la posibilidad de prolongar la vida útil de la batería y a los sistemas avanzados de sincronización que se adaptaban a los requisitos de energía.

Adicionalmente, indicó que presentaba la siguiente ventaja ( se transcribe literal):

*“...otra ventaja en la administración, control y conocimiento del sistema es que el Ejército cuenta con una UPS en su centro de cómputo principal referencia, marca y modelo; dentro de este estándar se reduce la complejidad en la transferencia del conocimiento con el personal interno del Ejército en su departamento de telemática, minimizando así la falta de operación en fallos o errores”.*

iii) No. 3.1.4. En cuanto a la necesidad de tener dos puertas de acceso a las unidades condensadoras por cada extremo, se determinó la utilidad de redistribuir los elementos con el fin de hacer mejor uso del espacio interno, ubicando las condensadoras, los transformadores ups y fan coils, en uno de los extremos del datacenter principal.

---

<sup>26</sup> Fl. 35 C5.

<sup>27</sup> Fls. 515-551 C2.

iv) No. 3.1.9. En lo concerniente a la válvula de sobre presión para aligerar la presión del DCT en caso de haberse disparado el sistema de control de incendios, precisó que las puertas no debían quedar bloqueadas en ningún momento, de manera que pudieran abrirse, sin que ello impidiera controlar la presión desde adentro.

v) No. 3.3.3.11. Advirtió que las baterías QAGM solicitadas no existían, dado que el término correcto era AGM.

vi) No. 3.3.3.14. Explicó que la certificación ANSI C82.41 no existía, siendo la correcta la ANSI C62, 41.

vii) No. 4.3. Se indicó que, en cuanto al requerimiento de que el nivel de protección al agua fuera IPX 5 o equivalente, al hacerse totalmente indispensable la ventilación del container durante su funcionamiento y la entada del aire para la combustión del generador, se requería de un sistema de ventilación mediante aperturas, las cuales, a pesar de estar protegida en su parte interior con un caja de ventilación e insonorización que no permitían la entrada directa del agua al contenedor del servicio, no podrían ser certificadas con la protección IPX5.

viii) No. 4.15. En relación con la pared interna del contenedor que separara el área de la planta eléctrica del tanque de combustible, señaló que, debido a la instalación del grupo electrógeno y su protección, así como al depósito de diésel debajo del mismo generador, como práctica habitual en el sector, no se requería de una división entre las zonas.

ix) No. 4.18. Frente a la exigencia de que el contendor para la planta eléctrica debía certificar el cumplimiento del estándar en 1047-2, aclaró que tal norma no podía ser de aplicación en el entorno del container de servicios o container de grupo electrógeno, por cuanto dicho entorno requería de ventilación durante su funcionamiento.

x) No. 5.1.06. En lo atinente a las bombas de fuego diseñadas de acuerdo con el estándar TIA-942, indicó que dicha norma no hacía referencia a bomba de fuego alguna, pues en realidad se refería a las puertas cortafuegos.

xi) No. 8. Respecto de los servicios de replicación, manifestó que con la información suministrada en “el pliego”, la herramienta definida para la réplica fue softek, pese a lo cual, al avanzar el proyecto y revisar la infraestructura de servidores usada en el DCO, se evidenció que los servidores que contenían las bases de datos eran dos servidores Sun Solaris e incluso se encontró un servidor que no hacía parte de la plataforma Oracle ni del sistema de almacenamiento SAN actual.

Con base en lo dicho, concluyó (se transcribe literal):

*“Los servidores HS22 cumplen con lo solicitado en el numeral 7.3 y además se les puede instar el mismo sistema operativo SOLARIS de los servidores SUN del DCP, sin embargo el desempeño de dichos servidores en condiciones de demanda total de réplica, incluyendo bases de datos y almacenamiento en SAN, estaría en niveles muy bajos comparados con los servidores SUN que actualmente tiene el ejército en el DCP, donde es posible el bloqueo de dichas máquinas en el DTC y el detenimiento del proceso de réplica, en detrimento de lo solicitado en el numeral 8 del pliego sobre replicación.*

*“Adicionalmente, en diciembre de 2009, IBM cambió su estrategia de licenciamiento para la herramienta Softek, de tal manera que más que vender software, bajo esta modalidad se pretende vender servicios de implementación de la réplica con softek y dichos servicios solo pueden ser ofrecidos por IBM y el licenciamiento se comenzó a cobrar por la cantidad de bytes a replicar y no por procesador como se tenía inicialmente.*

*“Los anteriores aspectos nos llevaron a analizar la solución integral de replicación, de tal manera que para un desempeño óptimo de la replicación se solicita la inclusión de las siguientes modificaciones:*

*“Para que la réplica sea más eficiente se necesita del uso de la plataforma nativa tanto para las bases de datos como para el almacenamiento SAN; en cuanto a las bases de datos Oracle, está demostrado que el desempeño de dichas bases de datos, es más eficiente cuando se encuentren instaladas en servidores SUN y además para conservar la integridad de la plataforma actual del Ejército donde hoy en día solo tiene dos servidores SUN para almacenar sus bases de datos, se deben incluir dos servidores SUN, un M4000 y un T5210 con su respectivo licenciamiento Oracle, adicionalmente se debe utilizar la herramienta Oracle de réplica de base de datos llamada Dataguard.*

*“Para la réplica del sistema de almacenamiento SAN se debe utilizar la herramienta especializada en réplicas de SAN IBM llamada Enhanced Remote Mirroring.*

*“Y para la réplica de los datos que no están ni en la plataforma Oracle ni en el sistema de almacenamiento externo, se utilizaría la herramienta datamirror de IBM (también denominado information change Data Capture) en lugar de la herramienta softek; en el siguiente cuadro comparativo vemos que las ventajas de usar Data mirror están básicamente sustentadas en que el tipo de licenciamiento es por procesador como se hace con la mayoría de la herramientas informáticas, la implementación la puede realizar el dueño de la licencia previa capacitación o diferentes proveedores, mientras que softek solo puede hacerlo IBM y la licencia va a amarrada a los servicios de implementación, adicionalmente Datamirror también tiene funcionalidades adicionales como limpieza de datos, procesos de ETL (extracción, transformación y carga) y puede trabajare bajo arquitectura orientada a servicios (SOA)”.*

xii) Numeral 4.13. En relación con la planta eléctrica explicó que la marca ofrecida fue SDMO modelo J125UC3.

xiii) Numeral 1.2. En cuanto al sistema de red eléctrica y lógica, aclaró que aun cuando en la oferta se indicó que era Panduit, el cable usado al final fue Siemon, por ser de mejor rendimiento en su categoría y velocidad de resolución, con inmunidad al ruido de un sistema de cableado apantallado que proporcionaba imágenes más altas en todos los estándares TIA e ISO de rendimiento para la categoría 6<sup>a</sup>.

El 25 de mayo de 2010, las partes suscribieron el Modificadorio No. 2<sup>28</sup> al Contrato de Compraventa No. 1713 CEITE-DITEJ-2009, con el propósito de modificar las características y especificaciones técnicas del objeto contractual, con fundamento en que (se transcribe literal):

*“Que mediante oficio radicado el 18 de mayo de 201, el contratista solicitó el cambio de algunas especificaciones del objeto contractual. 4) Mediante oficio No. 20104700110123 de fecha 20 de mayo de 2010, el comité técnico y los supervisores del contrato dan viabilidad a la solicitud”.*

---

<sup>28</sup> Fls. 66-68 C1.

Con base en lo anterior, las partes convinieron (se transcribe literal):

*“El BIEN objeto del presente contrato es el indicado en las descripciones y especificaciones consignadas en el anexo 2, de la solicitud de la oferta de la contratación directa No. 680 CEITE-DITEJ-2009 y la oferta presentada por el CONTRATISTA que hacen parte integral del presente contrato, junto con las modificaciones realizadas a las especificaciones consignadas en el anexo 2 y la oferta así:*

*“Numeral 1: - COMPONENTES DEL DATA CENTER TRANSPORTABLE.*

*“1.2.*

*“Sistema de Transporte marca Witzco Challenger.*

*“Sistema de Red Eléctrica y Lógica marca Siemon categoría 6ª.*

*“Sistema de Potencia Ininterrumpida (UPS) marca Eaton Powerware 9390.*

*“Las demás descripciones del numeral 1.2 que no hayan sido modificadas con las anteriores indicadas siguen iguales y son de obligatorio cumplimiento.*

*“1.5. Software de Replicación marca Oracle Data Guard, Enhance Remote Mirroring y Data Mirror.*

*“Numeral 3 – data center Transportable “DTC”. 3.1. Sistema de contenedor.*

*“3.1.4. Deberá poseer una puerta de accesos a las unidades condensadoras de doble hoja cumpliendo con las características de las puertas de contenedores y dos puertas laterales de acceso al Datacenter de al menos 1.20 mts de ancho.*

*“3.1.9. Deberá contar con una válvula de sobre presión para aligerar la presión dentro del DTC en caso de haberse disparado el sistema control de incendios; de tal forma que la presión pueda ser controlada al interior del datacenter y las puertas no queden bloqueadas en ningún momento y menos durante una emergencia (incendio).*

*“Su funcionamiento debe ser regulado electrónicamente; se debe poder programar cuanto tiempo después de accionado el gas del sistema de extinción, deberá poder abrirse la válvula de sobre-presión.*

*La válvula deberá de proveer de protección pasiva contra incendios externos durante mínimo 60 minutos.*

*“Numeral 4 – Contenedor de Soporte o Unidad de Servicios (de la planta de Energía)*

*“4.3. Este ítem se elimina.*

*“4.9. Deberá incluir en la puerta sistema antipánico, que permita abrirla rápidamente si el sistema detecta presencia de fuego, antes de que se dispare el agente extintor.*

*“4.13. Planta eléctrica marca BROADCASTCROWN Modelo BCJD 155-60T3 con motor Jhon Deere de 2400RPM.*

*“4.15. El tanque de combustible deberá estar integrado con la planta eléctrica.*

*“4.18 Este ítem se elimina.*

*“Numeral 5- Características generales para los numerales 3 y 4.*

*“5.1.- Especificaciones de la estructura para el Datacenter.*

*“5.2. Certificaciones para el Datacenter.*

*“Numeral 7-. Equipos activos*

*“7.3. Capacidad de procesamientos.*

*Deberá suministrar 1 chasis con 14 cuchillas (indicar marca y modelo en la oferta), con el hardware y software necesario que cuente con las siguientes características:*

- Soportar y administrar tecnología CISC (Intel o AMD), risc (Power o Itanium) o SPARC que cuente con backbone redundante tanto en energía como en I/O. (no debe tener puntos únicos de falla.*
- Debe contar con la capacidad de instalar mínimo cinco módulos de I/O.*
- Ventiladores y fuentes de poder que incluya módulo de administración redundante y soporte dentro del mismo chasis que permita instalar diferentes sistemas operativos en las versiones con que cuenta el Ejército tales como Windows, Unix , Linux y Solaris*
- Las conexiones a la SAN a 8 Gb y las de LAN mínimo a Gb*

*“Una de las 14 cuchillas deberá tener las siguientes características: Tecnología Quad core, 40 Gb RAM, dos discos duros internos, tecnología SAS de 10000 RPM de 146 Gb de capacidad; conexiones LAN y SAN.*

*“Una cuchilla de tecnología Quad core, 8 Gb RAM , conexiones LAN y SAN, dos discos duros internos , tecnología SAS de 10000 RPM de 146 Gb de capacidad*

*“Una cuchilla de tecnología Quad core, 8 Gb RAM, dos discos duros internos tecnología SAS de 10000 RPM de 300 Gb de capacidad, conexiones LAN y SAN, licenciamiento para sistema operativo Windows 2008 Server. Esta cuchilla se configurará para la réplica del servidor de aplicaciones Windows.*

*“Once cuchillas de tecnología Intel Familia 55XX Quad Core, 8 Gb Ram , dos discos duros internos tecnología SAS de 10000 RPM de 146 Gb de capacidad; conexiones para LAN y SAN. Estas cuchillas quedarán disponibles para que el Ejército Nacional pueda instalar los servicios que requiera.*

*“Un servidor SUN Microsystems M4000 dual core, en el cual se replicaran las bases de datos Oracle, con licenciamiento para sistema operativo Solaris 10 y base de datos Oracle Enterprise 10 G. Este servidor se configurará para la réplica de las bases de datos de Oracle.*

*“Un servidor de aplicaciones SUN Microsystems Sparc T5120, en el cual se replicarán las aplicaciones OAS, con licenciamiento para sistema operativo Solaris 10 y Oracle aplicación server versión 10.1.2. Este servidor de configurará para la réplica del OAS.*

*“(…).*

*“CLÁUSULA TERCERA: VIGENCIA. Las demás cláusulas, párrafos términos y condiciones del contrato principal No. 1713CEITE-DITEJ-2009, que no hayan sido modificados con el presente contrato modificatorio, continúan vigentes y son de obligatorio cumplimiento”.*

Finalmente, -para los efectos probatorios de este apartado- el 26 de abril de 2011, el Ejército Nacional expidió un certificado de conformidad con el cual la unión temporal Sims Ltda. – Sims Tecnologías Ltda. cumplió a satisfacción el objeto del Contrato No. 1713-CEITE-DITEJ-2009<sup>29</sup>.

El recorrido probatorio emprendido revela que fue el contratista el que, dentro del término de ejecución contractual, evidenció la necesidad de realizar modificaciones a las especificaciones técnicas requeridas y ofrecidas de inicio.

Esta situación obedeció a que, según se indicó en los estudios previos y en todos los documentos precontractuales, el centro de comunicaciones para el almacenamiento y procesamiento de datos objeto del contrato se vinculaba con información reservada, lo que impidió una aproximación directa sobre el centro de comunicaciones existente para conocer la infraestructura, los elementos que lo componían y aquellos conexos a la misma y que más adelante determinarían el ajuste de los bienes ofrecidos para lograr su compatibilidad.

---

<sup>29</sup> FI. 250 C2.



Sin embargo, la posibilidad de que se presentaran algunos cambios en las especificaciones ante hallazgos desconocidos en la etapa precontractual era una circunstancia que, lejos de ser imprevisible, era plenamente conocida por el contratista, precisamente de cara al hecho de que la contratación gravitaba sobre bienes y actividades que comprendían un manejo tecnológico de comunicaciones y de labores de inteligencia de carácter reservado.

Esta certeza le imponía al contratista, a la hora de estructurar su propuesta, el deber de adoptar medidas encaminadas a contener la fluctuación de costos que podía tener lugar en función de las condiciones reales sobre las dimensiones del objeto contractual.

No es intención de la Sala avalar con lo dicho una situación en la que se omita brindarle al futuro contratista la información básica para estructurar su propuesta, pues se precisa que no fue ese el escenario precontractual que enfrentó la unión temporal demandante.

Por el contrario, a la luz del dictamen aportado por la parte actora con la demanda y en cuyo contenido la primera instancia basó su decisión, se tiene que la información suministrada viabilizaba la ejecución del contrato, en lo que hacía a la infraestructura que se iba adquirir. A propósito de ese aspecto, se concluyó que:

*“Desde un enfoque teórico de las especificaciones técnicas del contrato y en específico lo relacionado con la infraestructura (componentes físicos que incluían contenedores, equipos de cómputo, sistemas de estantes, (racks), switches, redes eléctricas entre otros), se evidencia que era posible ejecutar el contrato con las especificaciones iniciales. Sin embargo, si se analiza en detalle el gran número de requerimientos asociados a los servicios conexos requeridos (explicados en la pregunta anterior) para la puesta en marcha de la infraestructura, se evidencia que para la ejecución de un contrato para una solución de estas características son difíciles de predecir por su complejidad sin un diagnóstico complementario a lo especificado en los términos iniciales”<sup>30</sup>.*

Lo que se pretende mostrar es que los datos con que contaba el contratista podrían sufrir fluctuaciones, en la medida en que debían contrastarse con otros que se irían develando tras celebrarse el acuerdo, variaciones que podían

---

<sup>30</sup> Sobre las conclusiones relacionadas con los requerimientos asociados a actividades conexas volverá las Sala más adelante.

considerarse razonablemente predecibles dentro de los márgenes de la experticia y el conocimiento técnico del contratista.

Se suma a lo anotado que, además de que la probabilidad de que debieran realizarse cambios a las especificaciones técnicas era una circunstancia conocida por la unión temporal demandante al tiempo de la suscripción del contrato, la posibilidad de que aumentaran los costos como consecuencia de ello fue una situación respecto de la cual cabe predicarse su aceptación por parte del contratista.

Aun cuando la primera instancia no se refirió a este punto, en esta oportunidad la Sala no puede pasar por alto que, de conformidad con el apartado destinado a la tipificación, estimación y asignación de riesgos de la solicitud de oferta No. 680-CEITE-DITEJ-2009 formulada por el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, la cual fue conocida por el contratista antes de presentar su propuesta, precisamente, porque con base en dicho documento debía elaborarla, para luego dar lugar a la celebración del Contrato 1713 CEITE-DITEJ-2009, se identificaron los riesgos de índole técnica, económica y jurídica.

En relación con el riesgo económico se plasmó que (se transcribe literal):

*“La inadecuada proyección de costos económicos incurridos por el contratista en la ejecución del contrato al momento de presentar su propuesta a la Administración.*

*“VALORACIÓN*

*“100%.*

*“Asumidos por el contratista”.*

Esta misma previsión fue incorporada en la cláusula vigésima tercera del contrato No. 1713 CEITE-DITEJ-2009, al siguiente tenor (se transcribe literal):

*“CLÁUSULA VIGÈSIMA TERCERA; RIESGOS QUE ASUME EL CONTRATISTA el contratista asume los eventuales riesgos que se derivan en (...) la inadecuada proyección de costos económicos incurridos por el contratista en la ejecución del contrato al momento de presentar su propuesta a la administración”.*

Si bien la Sala no desconoce que la redacción de la mencionada cláusula no es la más afortunada, debido a su textura abierta, lo cierto es que su literalidad, en todo

caso atemperada por esta instancia a las reglas de interpretación de los contratos estatales que descansan en la protección del principio de conmutatividad<sup>31</sup>, permite desprender que los sobrecostos configurativos del riesgo que por su cuenta se asumían correspondían a la diferencia que se habría de presentar entre el valor ofrecido y el que verdaderamente hubiera arrojado la ejecución del contrato, diferencia cuantitativa cuyas causas debían circunscribirse a hechos que, hallándose en la órbita de previsión del contratista no fueron advertidos, cuestión que de suyo descartaba, por un lado, la asunción del riesgo derivado de la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, imprevisibles e irresistibles y, por otro, aquellas que emanaran directamente de la voluntad de la administración contratante<sup>32</sup>.

Al amparo de este entendimiento surge que la probabilidad de que se presentaran algunos cambios en las especificaciones que acarrearán sobrecostos a los valores estimados era una circunstancia previsible para el contratista, como él mismo lo sostuvo expresamente en varias de sus comunicaciones.

El contenido de la correspondencia procedente del contratista dio cuenta de que la necesidad de realizar esas variaciones emergía de las evidencias encontradas por la unión temporal, una vez se tuvo acceso a las instalaciones del Ejército y se pudo observar en detalle la infraestructura del software y hardware, por lo que se determinó que lo más conveniente para el éxito del proyecto era tener en el DTC una infraestructura similar a la manejada por el Ejército en el ambiente de producción.

La situación relatada imponía con mayor vigor que a la hora de suscribir un contrato adicional, dirigido a contener esas modificaciones de las cuales para ese entonces ya se tenía absoluta conciencia, al extremo de que fungían como su exclusiva motivación, se conviniera no solo el objeto sobre el cual recaerían sino el costo que su asunción derivaría.

---

<sup>31</sup> **Artículo 28º de la Ley 80 de 1993.-** “De la Interpretación de las Reglas Contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de 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”.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 23 de noviembre de 2016, exp. 52.161. Actor: UT Publiestadios, Demandado: IDR.D.

En el orden expuesto, acogiendo los parámetros jurisprudenciales trazados, la Sala considera que le asiste razón al apelante, Ministerio de Defensa, al señalar que las modificaciones introducidas a las especificaciones técnicas del objeto del contrato no podían servir como sustento para luego de su celebración alegar la ruptura del equilibrio de las condiciones económicas originalmente estipuladas, en tanto, al suscribir ese documento -Modificadorio No. 2- sin hacer referencia al aumento de precio, el contratista convalidó los términos en que se trabó esa negociación.

Se recuerda que en el apartado final de ese acuerdo modificadorio expresamente se consignó que las demás cláusulas que no hubieren sido modificadas continuarían vigentes y serían de obligatorio cumplimiento, entre ellas, por supuesto la remuneración pactada y la asunción del riesgo económico libremente incorporadas por las partes.

Como se evidenció, el documento modificadorio No. 2 contuvo cambios sugeridos por el mismo contratista, el que, en medio de la ejecución del contrato, determinó la necesidad de realizar algunas variaciones en punto a las especificaciones técnicas condensadas en el Anexo No. 02 de la solicitud de la oferta, modificaciones que, al ser recomendadas por el particular, debieron ser consideradas no solo en su aspecto material sino económico, por cuanto era esa y no otra la oportunidad pertinente para insertarlas al contrato.

Se reitera que durante la relación negocial, las partes pueden afrontar dificultades relativas a la definición de los alcances y contenido de las prestaciones contraídas con ocasión del negocio jurídico de cara al advenimiento de circunstancias endógenas o exógenas al vínculo obligacional, con la virtualidad de impactar las condiciones técnicas y económicas originalmente estipuladas, inconvenientes que bien pueden solventarse a través de acercamientos de los extremos co-contrantes encauzados a redefinir el acuerdo y ajustarlo a la realidad imperante al tiempo de su ejecución e instrumentados a través de contratos adicionales o modificadorios.

Es por eso que estos instrumentos deben contener tanto el acuerdo relativo a las modificaciones que habrá de sufrir el alcance y dimensión del objeto contractual como al precio o mecanismo de ajuste dispuesto para cubrir esas alteraciones,

dado que resultaría alejado del principio de buena fe contractual<sup>33</sup> que se transara la renegociación en unos términos y luego, al final de la ejecución, se sorprendiera a la contraparte con reclamaciones que se entendían zanjadas.

Así las cosas, la Sala encuentra de recibo el cargo de la impugnación impetrada por la entidad demandada, habida consideración de que las variaciones a las especificaciones técnicas del objeto contractual introducidas por conducto de Modificadorio No. 02 constituían un acuerdo vinculante respecto de las condiciones en que se llevarían a cabo, acuerdo que mantuvo incólume los aspectos relativos al precio del contrato y a la asunción de riesgos económicos en cabeza del contratista y que, por contera, al haber versado sobre circunstancias plenamente conocidas al tiempo de su celebración impedían que en el futuro se alegara la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de las mismas circunstancias que condujeron a su suscripción.

#### 4.1.4) De las actividades conexas realizadas a solicitud del ente contratante y que no estuvieron comprendidas en el Anexo No. 02

De acuerdo con la sentencia recurrida, como se anticipó, la verdadera génesis del desequilibrio no se halló propiamente en las actividades contenidas en el Modificadorio No. 02, sino en las actividades realizadas luego de su suscripción, a solicitud de la entidad contratante, hecho que, según el tribunal, constituyó el ejercicio del *ius variandi* -cuya noción y alcance ya fueron abordados- y que halló acreditado mediante el informe técnico aportado practicado por varios ingenieros de sistemas con el fin de establecer las condiciones en que se ejecutó el contrato y si era posible su realización con las especificaciones técnicas inicialmente ofrecidas.

---

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B, 31 de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. “No solo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violentan los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de las reclamaciones respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización , sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. . recuérdese que la aplicación de la buen fe en materia negocia implica para las partes la observancia la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para remitir la realización de los efectos finales buscados en el contrato”.

En oposición, la entidad recurrente alegó en la alzada que las supuestas peticiones del Ministerio de Defensa orientadas a la realización de las actividades descritas en el dictamen no fueron debidamente especificadas y demostradas, pues a pesar de que el perito refirió que el Ejército elevó varias solicitudes, lo cierto es que se abstuvo de precisar a cuáles solicitudes se refería y tampoco se demostró su existencia.

Para resolver este cargo de la apelación, la Sala evidencia que ciertamente el Tribunal de primera instancia expresó que “el perito en su testimonio técnico manifestó que las actividades adicionales se efectuaron por el contratista por solicitud del Ministerio de Defensa Ejército Nacional, y ello lo constató de las actas de entrega de los elementos que conformaban el datacenter u objeto contratado”.

El *a quo* explicó que el dictamen no fue controvertido por la parte demandada ni tachó la falsedad del testimonio técnico rendido por el perito; sostuvo que, además, el ministerio no allegó los antecedentes administrativos del Contrato 1713-CEITE-DIJEJ-2009, a pesar de habersele impuesto esa carga probatoria con arreglo a los dictados del artículo 175 del C.P.A.C.A., todo lo cual constituía un indicio en contra de la entidad demandada lo que, por contera, conducía a dar plena credibilidad tanto al dictamen como al testimonio técnico.

Revisado el dictamen técnico presentado por los ingenieros de sistemas Jorge Enrique Molina, Óscar Elías Herrera, Álvaro Escobar y Juan Camilo Montoya, tomando como fuente la siguiente información<sup>34</sup>: solicitud de oferta No. 660-CEITE-DITEJ-2009, Contrato No. 1713, Anexo No. 1 datos del proceso, Anexo No. 2, especificaciones técnicas mínimas obligatorias, Modificadorio No. 1 al contrato, Modificadorio No. 2 al contrato, actas de reuniones, comunicaciones oficiales cruzadas entre las partes durante la ejecución del proyecto, se destacan las siguientes conclusiones arrojadas por la experticia ( se transcribe literal):

“...durante la ejecución del proyecto hubo un conjunto importante de cambios, que no estuvieron ligados al modificadorio Numero 2, pero sí generaron extensiones significativas del alcance y sobrecostos realizados con el fin de cumplir con los requerimientos y definiciones adicionales exigidas por el Ejército durante la ejecución del proyecto a

---

<sup>34</sup> FI. 3 C4.

*fin de lograr un cumplimiento completo en funcionalidad, características técnicas y tiempo de ejecución” (subraya la Sala).*

En la audiencia de práctica de pruebas<sup>35</sup> se llevó a cabo el testimonio técnico del perito ingeniero de sistemas Jorge Enrique Molina Zambrano, quien participó en la elaboración del dictamen al que se hizo alusión anterior, y sobre el mismo asunto sostuvo (se transcribe literal):

*“Pregunta del despacho: toda esta segunda fase se hizo a petición del Ministerio?*

*“Respuesta: por lo que nosotros pudimos ver para nuestro informe técnico en las actas fueron requerimientos específicos del Ministerio de Defensa, del Ejército Nacional, para que fuera funcional iba aumentando sueños en el camino, pero para poderlo entregar con lo que ello iba incrementando en ese proceso, debía hacer una mayor inversión y esa planeación no estaba dentro del principio...” (destaca la Sala).*

Pues bien, teniendo en cuenta el panorama probatorio con base en el cual la primera instancia halló demostrado que las actividades adicionales o conexas que desbordaron las pactadas en el contrato principal y en su Modificadorio No.02 fueron ordenadas por el Ejército<sup>36</sup> y que en tal virtud debía resultar condenado a restablecimiento del equilibrio económico del contrato, la Sala se aparta de esas conclusiones, con apoyo en las siguientes consideraciones:

Al respecto, cabe precisar que, según los cánones del artículo 238 del Código General del Proceso, el dictamen prueba pericial es un medio de prueba cuya procedencia se justifica en la necesidad de verificar los hechos que interesan al proceso y que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Adicionalmente, ese estatuto prescribe que serán inadmisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho.

---

<sup>35</sup> Fls. 351-358 C5.

<sup>36</sup> Se precisa que en el Acta de Entrega No. 305 del 29 de junio de 2010 que reposa a folios 71-73 del C2, simplemente se desprende que el Ejército Nacional recibió el objeto del Contrato No. 1713 CEITE -DITEJ-2009 a satisfacción, según las especificaciones descritas en el anexo 2 de la oferta y en el documento Modificadorio No. 2, sin que pueda desprenderse cuales actividades adicionales fueron ordenadas y recibidas.

Frente a esta materia, la Corte Constitucional<sup>37</sup> se ha referido en los siguientes términos:

*“La doctrina tradicional en materia probatoria confiere al dictamen pericial una doble condición: Es, en primer término, un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto que, al tener carácter técnico, científico o artístico, requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. En segundo lugar, el experticio es un medio de prueba en si mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso”<sup>38</sup>.*

Siguiendo ese orden, cabe anotar que la tarea principal asignada a los peritos, en suma, consistió en establecer, en el marco de su conocimiento especializado en materia de sistemas, informática y telecomunicaciones, a través de la información técnica suministrada por la parte actora y asociada directamente a la ejecución del Contrato No. 1713, si las especificaciones contenidas en la solicitud de la oferta eran suficientes para cumplir el objeto contractual y si existieron actividades adicionales y conexas cuya realización no se desprendía de las obligaciones originalmente concebidas.

Con todo, su práctica resultaba improcedente para demostrar y menos valorar la conducta contractual de los extremos en conflicto, en la medida en que, por tratarse de un asunto de derecho, en manera alguna las conclusiones que en desarrollo del mismo se obtuvieran en relación con esa materia, podrían desplazar el criterio jurídico que con base en las probanzas del expediente correspondiera adoptar al juez de la causa.

Dicho en otras palabras, la Sala considera que no concernía al peritazgo entrar a definir si el Ejército elevó o no órdenes en procura de la realización de actividades conexas, pues ese era un aspecto de derecho en cuanto revelaba el comportamiento negocial del ente público que incumbía demostrar a la parte que lo alegaba, esto es, al extremo contratista ahora demandante.

La labor del perito, circunscrita al campo de su conocimiento tecnológico, se ceñía a realizar un cotejo entre las actividades descritas en la solicitud de la oferta, la

---

<sup>37</sup> Corte Constitucional, C- 124 del 1 de marzo de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>38</sup> Se aclara que aun cuando tal pronunciamiento recayó sobre el medio de prueba contemplado en el anterior Estatuto Procesal Civil, lo cierto es que el CGP no modificó de manera sustancial ese concepto.



oferta, el contrato y aquellas ejecutadas según las actas finales de entrega para, de esa misma forma, constatar su efectiva ejecución.

Por esa razón, no acompaña esta Sala el sentir de la primera instancia, en mérito del cual consideró que por no reposar los antecedentes administrativos completos en el expediente, cuya carga de presentación era del Ministerio de Defensa Ejército Nacional por encontrarse en su poder, debía tenerse esa inactividad probatoria como un indicio en su contra y, como consecuencia de ello, tener por demostrado que las órdenes o solicitudes del Ejército en procura de la realización de esas actividades conexas no contempladas primigeniamente en efecto existieron.

Una concepción de esa índole deja de lado un hecho de capital importancia que radica en que, en los términos del peritazgo, tales conclusiones se extrajeron de la revisión y análisis de actas de entregas y de actas de reuniones, por parte de los expertos.

De ahí, no solo resulta válido sino lógico inferir que si los documentos en mención pudieron ser escudriñados y examinados por los peritos, ello es así porque tales piezas documentales contractuales se encontraban en los archivos de la unión temporal demandante y, en la medida en que a ella le correspondía demostrar el fundamento fáctico en el que se soportaron sus pretensiones, esto es, que la entidad solicitó u ordenó la ejecución de obras adicionales que no se hallaban previstas en el objeto contratado, ello conduce a concluir que era a ella a la que correspondía arrimarlas al proceso, por hallarse en su poder.

En resumen, aun en el caso de la conducta omisiva de la entidad estatal, el comportamiento contractual debe ser valorado de acuerdo con lo probado en el proceso y de manera alguna la falta de presentación de los documentos completos por parte de la demandada exime a la demandante de la carga de allegar los que reposan bajo su guarda. El planteamiento opuesto conduciría a dar por probado el contenido de los documentos contractuales por el solo dicho del particular que obra como demandante.

En ese sentido, derivar de lo advertido un indicio en contra de la entidad demandada se traduciría en un relevo automático e injustificado de la carga de la prueba que en este preciso aspecto pesaba en cabeza de la accionante.

No desconoce la Sala que, aun cuando la ausencia de objeción a la experticia eventualmente podría considerarse como un allanamiento por la parte contra la que se aduce, cabe aclarar que ello es así en cuanto corresponda a los aspectos científicos, técnicos o artísticos sobre los cuales verse y que no fueron debidamente controvertidos y desvirtuados, sin que resulte procedente hacer extensiva dicha conformidad a los puntos de derecho que en ella se plasmen y menos aún resulta plausible derivar del mismo efectos vinculantes para la decisión que ponga fin al proceso.

De conformidad con lo expuesto hasta ahora, la Sala estima que le asiste razón al censor, al advertir que en el caso no se demostró que las supuestas actividades adicionales desligadas del documento Modificadorio No. 2 hubieran sido ordenadas por el ente castrense, a lo que se suma que tampoco existe claridad frente a su diferenciación respecto de las actividades previstas tanto en el Modificadorio No. 2, como en el Anexo No. 2 del contrato principal, según pasa a explicarse:

De acuerdo con el dictamen pericial a cargo de los ingenieros de sistemas a los que se ha hecho mención *“Adicionalmente, durante la ejecución del proyecto hubo un conjunto muy importante de cambios, que no estuvieron ligados al Modificadorio Número 2, pero sí generaron extensiones importantes del alcance y sobrecostos realizados con el fin de cumplir con los requerimientos y definiciones adicionales exigidas por el personal del Ejército durante la ejecución del proyecto”*<sup>39</sup>.

La Sala observa que dentro de las actividades descritas por el peritazgo como ajenas al Modificadorio No. 2 se encuentra la siguiente (se transcribe literal):

***“Numeral 4. Contenedor de Soporte o Unidad de Servicio de la Planta de Energía***

*“En el literal 4.13 del Anexo, se indica: “Se destinará un contenedor de 20 pies para la planta eléctrica de al menos 120 kVA, el cual debe incluir transferencia automática e insonorizada”. Durante la ejecución del proyecto se evidencia que en el análisis previo hubo un subdimensionamiento de la capacidad de la planta eléctrica debido a que ésta debía soportar la carga de todos los equipos eléctricos que contenía el DCT, incluyendo todas las redes eléctricas: luces, tomas, aires acondicionados. Fue detectado por el Contratista que tan solo en*

---

<sup>39</sup> FI. 15 C4.

*el momento de realizar la incorporación de los equipos Blade se requería de una potencia de 180 KVA para el arranque, lo cual ya representaba un mayor consumo de energía al que podía ofrecer la planta eléctrica, por tanto no era suficiente la capacidad originalmente prevista para ésta.*

*“Para dar solución a éste inconveniente detectado, el Contratista realizó la adquisición para el proyecto de una planta eléctrica de 200 KVA –es decir, del doble de capacidad a la inicial- para garantizar un flujo óptimo de energía que permitiera el correcto funcionamiento de todos los dispositivos y redes, siempre manteniendo un entorno libre de riesgos. Al comprar una planta eléctrica del doble de potencia, incurrió en costos adicionales que no fueron contemplados inicialmente, pero de los cuales se dio solución siempre basados en el compromiso de desarrollar el proyecto dentro de los términos y tiempos planteados”.*

Con todo, a diferencia de lo plasmado en la experticia, se evidencia por esta instancia que los aspectos relativos a la capacidad de la planta eléctrica fueron advertidos por la unión temporal en el escrito presentado al Ministerio de Defensa el 18 de mayo de 2010, en el que puso de presente la necesidad de adquirir una planta de mayor capacidad que atendiera a las siguientes especificaciones: fabricante Broadcrown, motor Diesel refrigerado por agua marca Jhon Deere de 149 kW<sup>40</sup> y 200 hp.

Esta circunstancia fue atendida y condensada en el documento Modificadorio No. 02 en el que textualmente se varió ese ítem en los siguientes términos:

*“Numeral 4 – Contenedor de Soporte o Unidad de Servicios (de la planta de Energía)*

*“(…).*

*“4.13. Planta eléctrica marca BROADCASTCROWN Modelo BCJD 155-60T3 con motor Jhon Deere de 2400RPM”.*

---

<sup>40</sup> Potencia aparente (kVA) cantidad total de potencia que consume un equipo eléctrico.  $kVA = kW / PF$ . La potencia de la planta Broadcrown /Jhon Deere es de 155 kW y el factor de potencia es de 0.8 según ficha técnica del Generador BCJD 155-60 T3 (f. 506 C2). Al realizar la conversión de unidades, la potencia aparente (kVA) de la planta instalada es de 194 kVA en modo Stand By.

Igualmente, al tratar este punto, la pericia<sup>41</sup> consideró que dentro de los asuntos condensados en el documento modificadorio No. 2 se halló lo siguiente (se transcribe literal):

No.	ESPECIFICACIÓN ORIGINAL	MODIFICATORIO No. 2	OBSERVACIONES
4.13	Se destinará un contenedor de 20 pies para la planta eléctrica de la menos 120 kVA, el cual debe incluir transferencia automática e insonorizada.	Planta eléctrica marca BRADCROWN modelo BCJD 155-60t3 CON MOTOR John 2400 RPM	Para poder soportar la totalidad de carga eléctrica posible en el DTC se requería una planta John Deere de 200 kVA.

Así pues, se observa que la variación de la planta de eléctrica por una de mayor de potencia fue un asunto contemplado desde antes de suscribir el documento Modificadorio No. 2, al punto que fue en uno de los aspectos que motivó su suscripción y que fue textualmente incorporado en ese acuerdo, cuyos efectos vinculantes en relación con la conservación del precio ya fueron materia de análisis por esta Sala en acápite precedente.

En esa medida, el hecho de que el dictamen nuevamente incluyera este cambio de especificación como un asunto adicional y desligado de aquellos que fueron tratados en el Modificadorio No. 2, le resta solidez y congruencia al concepto técnico, en consideración a que ese cambio de especificación lo tuvo en cuenta simultáneamente como parte del Modificadorio No.2 y al tiempo como cuestión desligada y adicional al mismo, lo cual, como se advirtió, resulta excluyente y contrario a la realidad.

De otra parte, el dictamen describió como actividades adicionales desligadas al Modificadorio No. 2 y generadoras de sobrecostos a las obras de adecuación de los sitios en los que se habría de reubicar el Datacenter transportable, con base en los siguientes consideraciones (se transcribe literal):

---

<sup>41</sup> FI. 11 C4.

*“Se debe aclarar inicialmente que los puntos de disposición finales de los equipos no fueron revelados al Contratista con anterioridad a la presentación de la propuesta. Sin esto, no fue posible hacer una planeación inicial de los recursos necesarios para su adecuación; al conocerse las ubicaciones finales, y hacer las visitas de inspección correspondientes, se encontraron con ciertas condiciones que dificultaban las labores de instalación. Algunas de éstas fueron: nivelación de terrenos, trabajo en áreas mayores a las planteadas y complejidad de acceso para las acometidas debido a gran distancia a los puntos de conexión existentes.*

*“Para realizar éste proceso de adecuación de las dos superficies de instalación para el centro de datos, se requirió de maquinaria pesada y personal especializado para hacer remoción y adecuación de terrenos que incluso se encontraban en zonas bastante agrestes, dificultando mucho más los trabajos y llegando a requerirse nivelar superficies de hasta 10x15mts, dado que no solo se hizo adecuación de las superficies donde se dispondrían los contenedores sino que se tuvo que adecuar el área alrededor de los mismos por solicitud en sitio del Contratante.*

*“Adicionalmente, para realizar la acometida del agua potable, se tuvo que utilizar aproximadamente 500 mts de tubería desde el punto más cercano hasta los contenedores, esto implicó ciertos re-procesos y extensiones no contempladas desde un inicio. Sin embargo, éstas eran adecuaciones indispensables para poder seguir con el proceso de instalación debido a la importancia del recurso hídrico para hacer las pruebas previas de los equipos en sitio y para su operación - el agua se requería para mantener siempre un entorno refrigerado y así evitar posibles daños por sobrecalentamiento de los equipos”<sup>42</sup>.*

Al respecto, la Sala encuentra que tales obras de adecuación fueron consignadas en el Anexo No. 02 que formó parte integral del Contrato No.1713 -CEITE-DIJEJ-2009, como se indica (se transcribe literal):

*“6.1 Deberá incluir la adecuación de los dos sitios donde se vaya a ubicar el DCT. Este sitio debe contar con las siguientes adecuaciones:*

- Superficie plana, firme y nivelada en concreto suficiente para el tamaño de los dos tráileres.*
- Acometida de agua potable, con sus respectivos acoples.*
- Acometida eléctrica con sus respectivos acoples.*
- Sistema de puesta a tierra.*
- Última milla de fibra óptica.*
- Iluminación perimetral del sitio.*

---

<sup>42</sup> Fls. 17-18 C4.

- *Malla de cerramiento*".

Dadas las condiciones, por ser una obligación contraída expresamente con ocasión de la celebración del negocio jurídico y ante el desconocimiento de los sitios exactos en los que se llevaría a cabo la ubicación del Datacenter y, por contera la dimensión y características de las obras de readecuación que se habrían de requerir, lejos de constituir una circunstancia extraordinaria, sobreviniente e imprevisible, debió ser considerada por el contratista a la hora de proyectar su oferta económica.

Era deber de la unión temporal incorporar en su propuesta los rubros dirigidos a contemplar los costos generados de los posibles hallazgos asociados a las características de la zona y del terreno en el que se situaría del DCT, carga de previsión que no solo se le demandaba por ser una actividad expresamente consignada en la solicitud de la oferta, como por la situación adicional de haber asumido los riesgos económicos derivados de la inadecuada proyección de los costos.

Así pues, a diferencia de lo afirmado por el peritazgo, para esta Sala no es de recibo considerar como una actividad adicional generadora de sobrecostos a las obras de readecuación ejecutadas; lo que se observa es que siendo una actividad a cuya realización se obligó la unión temporal en desarrollo del contrato originalmente concebido, no fue debidamente estimada en cuanto al valor de su realización.

De otro lado, señaló la experticia que en lo concerniente al numeral 9, relativo al plan de recuperación de desastres (se transcribe literal):

*"...se solicitaba "proveer los servicios necesarios para diseñar y entregar el DRP y sus procedimientos en caso de contingencia tanto en el centro de cómputo principal como en el DCT." En concordancia con lo anterior, el Contratista suministró este servicio a través de expertos en el tema para diseñar, implementar y validar cada uno de los procedimientos planteados para cumplir con los procesos de operación, contingencia y monitoreo de los equipos y el DCT. Sin embargo, este entregable no fue aprobado por el contratante, siendo necesario la realización nuevamente de todo el proceso para cumplir con requisitos y solicitudes adicionales y obtenerse el aval del proceso por parte del ejército".*

Sin embargo, no especifica el peritazgo en qué consistió la actividad generadora de sobrecostos. Simplemente se limitó a afirmar que, en tanto la entidad no recibió el plan de recuperación de desastres y entregables que se ajustaban a las especificaciones técnicas porque, en criterio del ente castrense, no cumplía con las mismas, el contratista debió realizar nuevamente todo el proceso para cumplir con los requerimientos adicionales del Ejército, sin indicar cuáles fueron las supuestas solicitudes que demandaron mayor esfuerzo económico y financiero de la unión temporal.

En resumen, además de que no se halla acreditado en el plenario que la supuesta realización de actividades adicionales desligadas del documento Modificadorio No. 2 hubieran sido ordenadas por el ente castrense, la Sala, ante las falencias halladas en lo concerniente a la prueba pericial, tampoco encuentra de recibo las conclusiones que sobre su ejecución arrojó la experticia.

### Conclusión

Para la Sala, los anteriores razonamientos conducen a revocar la sentencia de primera instancia, para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, negativa que consecuentemente cobija la decisión adoptada por el Tribunal de origen, consistente en declarar la nulidad del acto que liquidó unilateralmente el contrato y aquel que negó el recurso de reposición interpuesto en su contra, en atención a que los cargos que, en principio, desvirtuaron su legalidad estribaron, básicamente, en haber vulnerado las normas que imponían el mantenimiento de la ecuación financiera del contrato, normas que, al no haberse presentado realmente circunstancias extraordinarias, imprevisibles y ajenas al contratista que impactaron el equilibrio económico del contrato, no se encuentran vulneradas.

Tampoco sería válido mantener la nulidad de los actos acusados por falsa motivación, ya que el cargo se declaró probado tras considerar opuesto a la realidad el balance final de cuentas elaborado unilateralmente por la entidad, de conformidad con el cual se declaraba a paz y salvo, con base en las mismas consideraciones relativas a la ruptura del equilibrio económico del contrato que no fue evidenciada por esta instancia.

#### 4.2. Recurso de la parte actora

Se recuerda que la parte actora reprochó la valoración del dictamen efectuada por el *a quo*, habida consideración de que, en su parecer, su apreciación integral conducía al deber de acoger la totalidad de las conclusiones allí esbozadas en relación con las sumas que debían reconocerse en favor de la unión temporal, las que no solamente abarcaban el mayor costo en que incurrió como resultado del desequilibrio económico presentado en detrimento de su patrimonio, sino también la utilidad esperada.

Así las cosas, toda vez que a lo largo de esta providencia han quedado expuestos los motivos por los cuales el reconocimiento de sobrecostos en favor del demandante no cuenta con vocación de prosperidad, carece de objeto emitir un pronunciamiento frente a los cargos de la apelación formulada por la accionante, ya que los mismos se encaminan a lograr un reconocimiento económico incluso superior al dispuesto por la primera instancia, el cual, según quedó visto, será revocado.

## **5. Costas**

El artículo 188 del C.P.A.C.A. consagra que *“la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

De esta manera, con independencia de la buena fe con que las partes hubieran obrado en el presente recurso, el extremo recurrente demandante habrá de ser condenado en costas en favor del demandado, por cuanto resultó vencido en juicio.

Así las cosas, la Sala condenará en costas a la parte actora en los términos previstos por el artículo 366 del Código General del Proceso que impone su liquidación de manera concentrada por parte del Tribunal de origen. Para el efecto señalado, el *a quo* deberá atender las reglas previstas en dicho precepto.

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**

**1.- REVOCAR**, por las consideraciones que anteceden, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera Subsección B, el 3 de diciembre de 2015 y, en lugar, se dispone:

*“NEGAR las pretensiones de la demanda”.*

**2.- CONDENAR** a la parte actora a pagar las costas que se hubieren causado. Como consecuencia, el Tribunal de origen deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 366 del Código General del Proceso.

**3.-** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**MARÍA ADRIANA MARÍN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**