

Instrumento de gerencia No.16

Análisis de sentencias sobre desequilibrio económico en el contrato estatal

Carlos Fernando Ortiz Correa

Secretaría Jurídica Distrital

ISSN - 2805-9034 / Carrera 8 No. 10 – 65

www.secretariajuridica.gov.co

Bogotá, Colombia

Septiembre de 2023



**ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.**



Tabla de contenido

I. Introducción	2
II. Jurisprudencia desequilibrio económico en el contrato estatal	3
Consejo de Estado,	11
Fecha de sentencia: 28 de junio de 2012,	11
Consejo de Estado	15
Fecha de Sentencia: 22 de octubre de 2021	15
Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C.	19
Consejo de Estado,	22
Fecha de sentencia: 19 de julio de 2022	22
Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A.	25
Fecha de sentencia: 16 de agosto de 2022	25
Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena	28
Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C.	32
Fecha de sentencia: 16 de diciembre de 2022,	32
Conclusiones	36
III. Bibliografía	37

I. Introducción

El presente documento pretende adentrarse de una manera breve en el estudio del desequilibrio económico en los contratos estatales en Colombia, que aborda las afectaciones económicas que pueden sufrir cualquiera de los implicados en la Contratación pública, desde una perspectiva jurisprudencial, a través de un análisis detallado de algunas de las decisiones judiciales más recientes, se busca comprender cómo los tribunales han abordado esta cuestión compleja y cómo se desarrollan en cada uno de los casos que estudia cada decisión.

Este análisis jurisprudencial ayudará a esclarecer el marco legal vigente en Colombia en relación con el desequilibrio económico en los contratos estatales, sino que también arrojará luz sobre las implicaciones prácticas y las posibles soluciones que se han desarrollado a lo largo del tiempo para abordar esta problemática.

La metodología utilizada para el análisis de las sentencias inicio con la identificación básica de cada una de las decisiones, Corporación, Magistrado, radicado y fecha de la Decisión, esto con el objetivo de facilitar al lector la búsqueda de estas decisiones si son de su interés, luego en la descripción de los hechos jurídicamente relevantes se extrajeron los hechos relacionados al desequilibrio económico según lo que pretendía la parte demandante, para luego continuar con las razones de la decisión que nos abren la perspectiva del razonamiento jurídico y establecimiento de una línea jurisprudencial por parte del órgano de cierre en la jurisdicción administrativa, para terminar con unos comentarios del autor.

II. Jurisprudencia desequilibrio económico en el contrato estatal

Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera

Fecha de Sentencia: 30 de octubre de 2003

Radicado No.: 85001-23-31-000-1999-2909-01(17213)¹

Medio de Control: Controversias contractuales

Consejera Ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

Hechos jurídicamente relevantes.

El Fondo Vial Nacional abrió una licitación pública nacional para la construcción del sector: Aguaclara - Barranca de Upía en la carretera Aguazul – Villanueva, proceso que fue adjudicado a la Sociedad Constructora de Carretera y Obras Civiles Ltda. - CONSTRUCA LTDA el 28 de diciembre de 1998, el contrato se modificó en 13 oportunidades para prorrogar su plazo, ampliar las fianzas o su valor y elaborar nuevos programas de trabajos en inversiones.

El día 30 de diciembre de 1993 se profirió la ley 104 de este año, en cuyos artículos 123 y 124 se estableció: “*ARTÍCULO 123. Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de la Nación, Departamentos o Municipios, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al 5% del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición*”.

Para el demandante contratista en el proceso, el cobro de la contribución constituye un hecho imprevisible e irresistible, generando el rompimiento del equilibrio económico del convenio, que debía permanecer inalterable durante la ejecución del contrato, equilibrio que debe, en consecuencia, restablecerse en las mismas condiciones económicas y financieras que existían al momento en que CONSTRUCA S.A suscribió el contrato con el Fondo Vial Nacional, hoy Instituto Nacional de Vías.

¹ <http://servicios.consejodeestado.gov.co/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=html&file=214737>

El despacho que conoció del proceso en primera instancia, negó las súplicas de la demanda, indicó que antes de la vigencia de norma que creó de la contribución especial no observó que la demandada hubiera efectuado deducción a pagos del contratista por dicho concepto y que sólo se realizó el cobro, pero frente a los contratos adicionales celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia la ley 104 de 1993.

Problema Jurídico

¿En los contratos adicionales celebrados bajo la vigencia de una ley tributaria nueva, que impuso un tributo, y que no existía al momento de celebrar el contrato principal es viable entender que el costo de dicho pago puede entenderse como rompimiento de la ecuación financiera del contrato?

Ratio Decidendi

La Sala realiza una conceptualización del equilibrio económico o financiero del contrato, explicando su origen y objetivo así:

“El concepto del equilibrio económico o financiero del contrato nació de la jurisprudencia y de la doctrina como una necesidad de proteger el aspecto económico del contrato, frente a las distintas variables que podrían afectarlo para garantizar al contratante y al contratista el recibo del beneficio pactado.

Respecto del contratista dicho equilibrio implica que el valor económico convenido como retribución o remuneración a la ejecución perfecta de sus obligaciones debe ser correspondiente, por equivalente, al que recibirá como contraprestación a su ejecución del objeto del contrato; si no es así surge, en principio, su derecho a solicitar la restitución de tal equilibrio, siempre y cuando tal ruptura no obedezca a situaciones que le sean imputables”.

Este caso en específico el contrato celebrado se regía por el decreto ley 222 de 1983 en el cual se hizo referencia al tema del equilibrio en dos eventos de causalidad diferente: 1) en la modificación del contrato, por acuerdo entre los contratantes o por la Administración,

unilateralmente y 2) en el reajuste de precios, a lo cual procedio a explicar la mencionada norma de la siguiente manera:

La finalidad de la norma es no trasladar al contratista las consecuencias negativas que se presenten con ocasión del contrato, que no están ligadas a su propia conducta. Recuérdese que la doctrina y la jurisprudencia han entendido que en todo contrato con el Estado, el contratista debe soportar a su propio costo el alea normal de toda negociación pero no el alea anormal, y por lo tanto en este último evento las consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas.

Es claro entonces que la revisión de precios por las partes es consecuencia de su propia previsión en el contrato y de acuerdo con la fórmula acordada, cuando ocurra en la realidad la variación de los costos determinantes de los precios.

Esto no significa que si durante la ejecución del contrato varían los costos determinantes de los precios que no podían ser previsibles al momento de ofertar o celebrar el contrato - que eran imprevisibles - el afectado no pueda reclamar el restablecimiento económico.

Así mismo hace un recuento un recuento jurisprudencial en la sentencia del 29 de mayo de 2003, en la cual se resaltan las siguientes consideraciones:

“Otros riesgos administrativos y económicos que pueden desencadenarse durante su ejecución y alterar las condiciones inicialmente convenidas por las partes, habían sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.

En efecto, se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la Administración pública puede verse alterado durante su ejecución por las siguientes causas: por actos de la Administración como Estado y por factores externos y extraños a las partes.

En primer tipo de actos se presenta cuando la Administración actúa como Estado y no como contratante. Allí se encuentra el acto de carácter general proferido por éste, en la modalidad de ley o acto administrativo (hecho del príncipe); por ejemplo, la creación de

un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecten la ejecución del contrato”

Finalmente la Sala decide confirmar la sentencia proferida en primera instancia toda vez que no se probó condicionamiento o coacción por parte de la entidad contratante sino que por el contrario se estableció la aceptación manifiesta y sin salvedades de la situación, por parte del contratista, sin haber desplegado ni previa ni concomitantemente actividad que permitiera a la Sala entender que en efecto la Sociedad demandante no aceptaba los términos del contrato adicional; su conducta evidencia todo lo contrario.

Comentarios.

Si bien es cierto en la sentencia se niegan las pretensiones del demandante, se puede llegar a la conclusión, en tema de desequilibrio económico o financiero, que el contrato en cuestión estaba sujeto a las disposiciones del Decreto Ley 222 de 1983, el cual establecía dos situaciones distintas en las que se debía considerar el equilibrio financiero del contrato.

En resumen, el decreto y corroborado por la jurisprudencia, establecía por una parte que tanto las modificaciones acordadas como las variaciones imprevistas en los costos determinantes de los precios debían ser tratadas de manera justa y equitativa entre las partes, si los cambios eran previsibles, se debía garantizar el equilibrio financiero del contrato, y por otro lado que si eran imprevisibles al momento de la celebración del contrato, el contratista tenía derecho a reclamar una compensación económica para restablecer el equilibrio.

Es importante destacar que según la jurisprudencia mencionada, la restitución del equilibrio financiero del contrato se aplica principalmente en los contratos "conmutativos" y, especialmente, en aquellos que tienen plazos de ejecución prolongados, toda vez que cualquier cambio en la economía durante la vigencia del contrato puede romper el equilibrio originalmente acordado, por lo cual estableció que el equilibrio financiero del contrato puede verse afectado durante su ejecución por tres razones principales: 1) debido a acciones o eventos realizados por la Administración contratante, 2) debido a acciones de la Administración como entidad estatal y 3) debido a factores externos a las partes involucradas en el contrato.

Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C.

Fecha de sentencia: 22 de junio de 2011

Radicado No.: 85001-23-31-003-1998-00070-01 (18836)²

Medio de Control: Controversias contractuales

Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Hechos jurídicamente relevantes

INVÍAS y TOPCO S. A. celebraron contrato en 1987 cuyo objeto fue la construcción del sector Monterrey - Tauramena - Aguazul, de la carretera Aguazul - Villanueva, contrato que fue prorrogado hasta el 30 de junio de 1998, para conservar el equilibrio económico del contrato las partes convinieron una fórmula matemática para el ajuste de precios unitarios.

Hasta el Acta de Obra No. 54 la fórmula pactada reflejó las alzas de los precios, la inflación interna y la devaluación de la moneda, a partir del Acta No. 55 la fórmula estipulada empezó a reflejar sólo una parte de las alzas de los precios y de la devaluación monetaria, razón por la cual los precios unitarios comenzaron a decrecer mientras que la prestación del contratista se mantuvo igual tal como lo hizo evidente los índices de precios al consumidor publicados por el DANE.

Esta situación se mantuvo durante toda la ejecución de la obra causando una pérdida considerable al contratista mientras que INVÍAS se lucraba con ella, en escrito de demanda el contratista afectado pidió que se declarara que se rompió el equilibrio económico del contrato No. 0178 de 1987, y sus adiciones, porque la fórmula de ajuste de precios prevista, no conservó durante el plazo contractual el valor inicial de los precios unitarios

En sentencia del 18 de mayo de 2000 el Tribunal Administrativo de Casanare en primera instancia decidió negar las pretensiones de la demanda, toda vez que el demandante no manifestó su desacuerdo en relación con los ajustes de los precios en ninguna de las oportunidades en que, mediante la suscripción de contratos adicionales, se amplió el plazo para la ejecución del contrato.

² <http://servicios.consejodeestado.gov.co/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=html&file=2014042>

Esta conducta de consentir las ampliaciones del plazo sin dar a conocer el rompimiento de la ecuación financiera contractual implica aceptar tácitamente la existencia de utilidades en cada una de las actas que suscribió y por lo tanto no resulta equitativo que 11 años después pida el restablecimiento económico cuando nunca comunicó su inconformismo a la entidad contratante.

Ratio Decidendi.

La sala analiza brevemente el principio de la conmutatividad del contrato estatal, y la entiende como:

“el fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse.”

Sin embargo, no en todas las hipótesis de que el contratista deba obtener con exactitud numérica la utilidad calculada y esperada por él pues no cualquier imprevisto que merme su ventaja tiene la virtualidad de conducir al restablecimiento económico, la Sala precisó que:

En efecto, sólo aquellas eventualidades imprevistas que alteran gravemente la ecuación financiera son idóneas para pretender con fundamento en ellas el restablecimiento económico pues si esto no se garantiza se afectaría el interés público que está presente en la contratación estatal.

Así que el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.

Ahora bien, de lo más relevante en esta decisión es la mención que hace la Sala al principio de la Buena fe, citando la norma comercial:

“El artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, ordena que los contratos deberán ejecutarse de buena fe y que por consiguiente, obligan a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza.”

En este sentido explico que:

“Estos preceptos, a no dudarlo, consagran la buena fe objetiva que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte , y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia. Por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual”

Para el caso en específico encontré que:

“Ahora, la Sala encuentra contrario a la buena fe objetiva el que la parte demandante pretenda apartarse de lo convenido contractualmente para que con fundamento en el IPC, un índice diferente al pactado y que no guarda relación directa con el objeto negocial, se le reajusten los precios por el sólo hecho de verlo más favorable a sus intereses, sin consideración a los de la otra, toda vez que no fue motivo de su preocupación demostrar que los factores del índice acordado sufrieron incrementos anormales que alteraron gravemente el equilibrio financiero e hicieron inoperante la fórmula prevista, razón por la cual se le condenará en costas de ésta instancia.”

Por lo anterior la Sala decidió confirmar la sentencia de primera instancia.

Comentarios.

Si bien, el Consejo de Estado confirma la sentencia en primera instancia y no encontró que se hubiera generado un desequilibrio económico, se puede analizar que el artículo 871 del Código de Comercio, que se asemeja al artículo 1603 del Código Civil, establece que los contratos deben cumplirse de manera honesta y, por lo tanto, obligan a lo que se acordó en ellos y a todo lo que se relaciona con su naturaleza.

De esta forma el Consejo de Estado trazó los lineamientos a partir de normas civiles y comerciales de la clase de buena fe aplicable en el marco de la contratación estatal, dentro de los cuales determinó el deber de información con el fin de justificar la exigencia que se declare el desequilibrio económico del contrato, dada por esta Corporación mediante la consignación de salvedades durante la ejecución del contrato.

Estos principios respaldan la idea de que las partes deben actuar de manera justa y leal, respetando lo acordado, cumpliendo sus obligaciones, siendo transparentes en la información y actuando de manera que favorezca la ejecución del contrato.

En resumen, lo importante no es si las partes están actuando conforme a la buena fe subjetiva, sino más bien su comportamiento que busca asegurar la ejecución eficiente del contrato, priorizando el respeto mutuo y los intereses de ambas partes. Por lo tanto, cualquier acción que favorezca un interés en detrimento del otro, y que vaya en contra de lo acordado, va en contra del principio de buena fe objetiva que debe prevalecer en las negociaciones contractuales.

En este caso, la parte demandante argumenta que a partir del Acta No. 55, la fórmula acordada en el contrato solo reflejó parcialmente los aumentos de precios y la devaluación monetaria, lo cual causó una disminución en los precios unitarios, mientras que el contratista mantuvo sus entregas sin cambios, sin embargo, no se presentó evidencia que respalde un aumento inusual en los costos de los materiales y recursos necesarios para el proyecto, además, no se demostró que, a pesar de estos aumentos inusuales, la fórmula acordada no fue suficiente para compensar estos incrementos inesperados. La falta de pruebas sobre estas pretensiones lleva a la conclusión de que las demandas carecen de fundamentos, y en consecuencia la Sentencia del tribunal debe ser confirmada.

Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B.

Fecha de sentencia: 28 de junio de 2012,

Radicado No.: 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990)³

Medio de Control: Acción de controversias contractuales (apelación sentencia)

Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Hechos jurídicamente relevantes

El 28 de septiembre de 1989, el Fondo Vial Nacional, luego Instituto Nacional de Vías, y el Consorcio conformado por las Sociedades Equipo Universal y Cía. Ltda. y Castro Tcherassi y Cía. Ltda. Suscribieron contrato, cuyo objeto según la cláusula primera fue: “*EL CONSORCIO CONTRATISTA se obliga a ejecutar para el FONDO VIAL por el sistema de precios unitarios y en los términos que señala éste contrato, las obras necesarias para la pavimentación...*”. contrato que fue prorrogado 4 veces.

En el año 1992, el Gobierno Nacional, al amparo del estado de conmoción interior, dictó el Decreto 2009 de aquel año, en el cual dispuso que:

“todas las personas naturales o jurídicas que, a partir de la vigencia del presente decreto, suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público, o celebren contrato de adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de los entes territoriales respectivos, de acuerdo con el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al 5% del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición”.

En 1993 se profirió la Ley 104 de ese año, la cual ordenó una contribución equivalente al 5% del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición, para todas las personas naturales o jurídicas que suscribieran contratos de obra pública para la construcción o mantenimiento de vías, la cual se descontaría por la entidad contratante de cada cuenta que se cancelara al contratista; El Instituto Nacional de Vías procedió a aplicar dichas normativas y a efectuar deducciones de los pagos por obra mensual por concepto del Impuesto de Guerra.

³ [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/109/13001-23-31-000-1996-01233-01\(21990\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/109/13001-23-31-000-1996-01233-01(21990).pdf)

EL tribunal que conoció en primera instancia concluyó que en este caso con el cobro del Impuesto de Guerra al consorcio contratista se le alteró la ecuación contractual por lo cual la entidad contratante debe asumir el mencionado impuesto y cancelarle la suma que le fue retenida para tal fin de cada uno de los pagos efectuados, actualizada con base en el IPC y junto con los intereses moratorios.

Problema jurídico.

¿La vigencia de una norma tributaria es causa del rompimiento o ruptura del equilibrio económico o financiero del contrato estatal?

Ratio decidendi.

El Consejo de estado en relación al desequilibrio económico y su relación con la expedición de una norma tributaria posterior al perfeccionamiento del contrato estatal, en su escrito de sentencia advirtió que:

“La entrada en vigencia de una ley tributaria puede llegar a afectar o a alterar el equilibrio del contrato, advirtiendo en todo caso que si el tributo es impuesto por la entidad estatal contratante se está frente al hecho del príncipe, pero si la contratante no es quien crea el gravamen se está en la teoría de la imprevisión”

De esta forma hizo una diferenciación entre dos formas mediante las cuales la equivalencia prestacional de los contratos estatales puede verse afectada, en específico la teoría del hecho del príncipe y teoría de la imprevisión, por lo cual más adelante procede a explicar sus principales diferencias así:

“El hecho del príncipe se refiere al rompimiento del equilibrio económico del contrato por la expedición, imprevista y posterior a su celebración de medidas de carácter general y abstracto por parte de la entidad estatal contratante (leyes, decretos, etc.), que de manera indirecta o refleja afectan la ecuación contractual y hacen más gravosa la situación del contratista”

“El hecho del príncipe es un acto o hecho de carácter general proferido por la autoridad contratante pero en desarrollo de una atribución administrativa o prerrogativa diferente a la contractual, que perturba el contrato a tal punto que impacta negativamente en la ecuación económica del mismo y por ende, produce un desequilibrio de las prestaciones que no debe jurídicamente soportar el colaborador contratista del Estado, como consecuencia de lo cual tiene derecho a que por disposición legal se le restablezca el equilibrio financiero, mediante la respectiva indemnización integral de perjuicios, por la ocurrencia del álea administrativa anormal que hace excesivamente onerosa y gravosa la ejecución del contrato.”

Para el caso en específico, consideraron que la fijación de nuevos impuestos o el incremento de los ya existentes, era una medida que se ajustaba a la noción del denominado “hecho del príncipe”, por lo cual podía alterar la ecuación económica de los contratos, vulnerar el principio de igualdad ante las cargas públicas y ser causante de un detrimento patrimonial.

Sin embargo, más adelante procede a hacer una explicación de los requisitos que deben reunirse para la procedencia de la indemnización basada en la teoría del “hecho del príncipe”, los cuales son:

(i) Que exista un acto de carácter general expedido por el órgano o autoridad pública contratante en ejercicio de una competencia diferente a la contractual que afecte gravemente la ecuación financiera de un contrato; (ii) Que el acto que genera el daño sea sobreviniente, súbito, anormal, extraordinario e imprevisible al momento de celebrar el contrato y no imputable al contratista que resulte afectado; (iii) Que, como consecuencia de lo anterior, exista una relación causal entre el acto y el daño o perjuicio resarcible; y (iv) Que quien alegue como motivo o causa el “hecho del príncipe”, pruebe objetivamente el desequilibrio económico del contrato y la existencia de un perjuicio cierto y directo.

Ahora bien, en lo relacionado a la teoría de la imprevisión, esta pretende que las cosas vuelvan a su estado inicial, el Consejo explica que este:

“Consiste en el acaecimiento de hechos extraordinarios, imprevisibles y sobrevinientes a la celebración del contrato, ajenos a las partes, que afectan el equilibrio de económico de las prestaciones en forma grave y anormal para una de ellas, sin impedir su ejecución”

El Consejo hizo un estudio de la reiterada jurisprudencia que hablaba de la teoría de la imprevisión, en la que se identificaban y unificaban los requisitos para que se configurara este evento de rompimiento del equilibrio financiero, y que como resultado se declarara un reconocimiento económico a favor del contratista, los requisitos son los siguientes:

(i) Que, con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho extraordinario, ajeno o exógeno a las partes, es decir, no atribuible a ninguna de ellas sino que provienen o son generados por terceros. No cabe invocar esta teoría cuando el hecho proviene de la entidad contratante, dado que ésta es una de las condiciones que la distinguen del hecho del príncipe, que es imputable a la entidad. (ii) Que ese hecho altere de manera anormal y grave, la ecuación económica del contrato. (iii) Que esa nueva circunstancia sea imprevista o imprevisible, esto es, que no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes, pues no es aplicable ante la falta de diligencia o impericia de la parte que la invoca, toda vez que nadie puede beneficiarse de su propia culpa. En otros términos, el hecho excede los cálculos que las partes pudieron hacer al contratar y que incluyen, normalmente, el álea común a toda negociación, que el cocontratante particular está obligado a tomar a su cargo. (iv) Que esa circunstancia imprevista dificulte a la parte que la invoca la ejecución del contrato, pero no la enfrente a un evento de fuerza mayor que imposibilite su continuación. La ayuda estatal procede sobre la base de que la situación sea parcial y temporal, de suerte que el contratista no suspenda la ejecución del contrato y continúe prestando el servicio. El hecho debe ser posterior a la celebración de un contrato, cuyas prestaciones no estén enteramente concluidas, pues el reconocimiento de la imprevisión busca que se brinde una ayuda al cocontratante para que éste no interrumpa el cumplimiento de sus obligaciones, y esa es la razón del apoyo económico.

Comentarios.

Si bien es cierto que, en el proceso analizado el Consejo de Estado niega las pretensiones de la parte actora, en las cuales solicitaba se declarara la teoría del hecho del príncipe, y en consecuencia se reconocieran sumas de dinero, en sus consideraciones hace un análisis de las dos teorías aplicables al caso, que sirven de análisis para el tema del presente documento.

De los extractos de la sentencia en mención, es válido afirmar que, la mera introducción de nuevos tributos no conduce automáticamente a la ruptura del equilibrio contractual, sin importar la razón invocada como causa de desequilibrio económico en el contrato estatal, por el contrario, se debe analizar cada caso para determinar si la aplicación de los nuevos tributos realmente afecta gravemente las condiciones económicas del contrato.

Ahora bien, para reconocer y restaurar el equilibrio contractual, se deben cumplir ciertos requisitos comunes, como la imprevisibilidad, la alteración extraordinaria y, sobre todo, la demostración de una pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato.

En resumen, tanto la teoría del hecho del príncipe como la de la imprevisión requieren la acreditación de la imprevisibilidad y la alteración extraordinaria en la economía del contrato, y en el caso analizado estos elementos no fueron demostrados.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A.

Fecha de Sentencia: 22 de octubre de 2021

Radicado No.: 54001-23-31-000-2010-00216-01(55541)⁴

Medio de Control: Acción de controversias contractuales.

Consejera Ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Hechos jurídicamente relevantes.

En el 2007, INVIAS dio apertura a la licitación pública, la cual tenía como finalidad mejorar y mantener las carreteras en la zona centro oriente del país, dicho contrato fue adjudicado a Unión Temporal Obras Viales E.P, luego se informó al INVIAS las dificultades económicas generadas a raíz del incremento inesperado de los costos del asfalto, material esencial dentro de la ejecución del contrato, de otra parte y por situación ajenas al contratista, se debió transportar la mezcla desde distancias mayores a las previstas.

En tal sentido, el contrato inicialmente pactado generó imprevisiones, en principio por la distancia o recorrido que se realizó para conseguir el asfalto, ahora bien, respecto al precio del asfalto, el

⁴ [https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/54001-23-31-000-2010-00216-01\(55541\)_20211022.htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/54001-23-31-000-2010-00216-01(55541)_20211022.htm)

contrato inicial había previsto un precio que oscila entre los \$176.539 por metro cúbico, no obstante, al momento de iniciar la ejecución del contrato este precio fluctuó entre \$225.000 y \$235.000, ocasionando una variación dentro de lo pactado inicialmente.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander profirió sentencia de primera instancia en 2015, en la cual decidió negar las pretensiones de la demanda, estableciendo que si bien es cierto la demandante aduce que existió un incremento en el precio del asfalto y que las distancias recorridas fueron mayores, no presenta una prueba contundente que permite evidenciar lo mismo, de igual manera, determinó que dentro del pliego de condiciones, se precisó que el contratista debía conseguir los materiales y suministros para la construcción y prever la subida en el precio del asfalto, para el A quo no se cumplieron los requisitos de la teoría de la imprevisión y observó asimismo que no existió una ruptura de la ecuación contractual, pues dentro del pliego no se definió que la demandada debía reconocer costos adicionales.

Problema jurídico.

¿La teoría de imprevisión puede causar ruptura del equilibrio económico o financiero del contrato estatal?

Ratio decidendi.

El Consejo de Estado en reiteradas jurisprudencias, ha definido el equilibrio económico del contrato como aquella ecuanimidad y equilibrio que debe existir para que no se genere una ruptura del mismo, por diferentes situaciones que se puedan presentar en el transcurso de la ejecución del contrato, por tal motivo estableció lo siguiente:

“[e]n los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre [los] derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”.

Al respecto, también hizo alusión a los artículo 4 y 5 de la ley 80 de 1993, los cuales tienen contemplados los derechos y los deberes de las entidad estatal y del contratista, en ese sentido,

es claro que la entidad estatal podrá pedir la actualización o revisión dentro de los precios cuando exista un fenómeno que altere el equilibrio económico del contrato y de esa manera poder abordar las medidas correspondientes para que el contrato pueda desarrollarse, el contratista también tendrá derecho a que se pague de manera oportuna aquel valor intrínseco de las modificaciones causadas, lo anterior con el fin de poder restablecer el equilibrio contractual.

Ahora bien, el Consejo de Estado en diferentes oportunidades ha determinado la imprevisión dentro de los contratos estatales, ha señalado la existencia la ruptura del equilibrio económico, no obstante, precisó que el deber de probar los diferentes requisitos para que se pueda materializar dicho concepto, veamos lo siguiente:

“La teoría de la imprevisión se relaciona con hechos de diversa índole, que no se previeron al momento de celebrar el negocio jurídico, y que, al presentarse, agravan -mas no imposibilitan- la ejecución del contrato. Según la jurisprudencia de esta Sala, dicha teoría se presenta cuando hechos extraordinarios, sobrevinientes a la celebración del contrato, y que se presentan durante su ejecución, que no eran razonablemente previsibles por las partes cuando se suscribió el acuerdo de voluntades, afectan de manera grave el cumplimiento de las obligaciones, haciendo mucho más onerosa su ejecución para una de ellas. Son, por ello, requisitos para que se configure este evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato, que dé lugar al reconocimiento de los mayores costos a favor de la parte afectada, los siguientes: 1) Que, con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho ajeno a las partes, no atribuible a ninguna de ellas. 2) Que ese hecho altere, de manera anormal y grave, la ecuación económica del contrato, es decir, que constituya una alea extraordinaria. 3) Que esa nueva circunstancia no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes. 4) Que esa circunstancia imprevista, dificulte la ejecución del contrato, pero no la imposibilite.

En ese orden de ideas, es claro que el Consejo de Estado, tiene definido los conceptos ya mencionados, no obstante, para que surja la ruptura económica contractual deben existir ciertos requisitos que son claves, uno de ellos entonces será la teoría de la imprevisión y es que la misma " (...) se tiene que cuando se produce un hecho que encaja en la misma, la parte afectada tendrá derecho únicamente al reconocimiento de los mayores costos en que haya tenido que incurrir por causa de esos hechos imprevistos, por cuanto el evento extraordinario que afecta de

manera grave la ecuación contractual, es ajeno a las dos partes, es decir, que no le es atribuible ni al contratista afectado, ni a la Administración contratante, quien, por lo tanto, también es sorprendida por ese hecho inesperado y también resulta afectada, en la medida en que se ve amenazada la correcta ejecución del contrato.

Finalmente se confirmó la sentencia emitida en primera instancia, esto debido a que no se logró observar prueba alguna que diera fe de lo señalado por el demandante, pues, si bien es cierto que dentro de las actas de obra se permite observar el desequilibrio del contrato lo cierto es que las actas de modificación de cantidades y el acta de recibo final precisaron que, el asfalto se pagó al precio unitario pactado inicialmente sin que ello mostrara la cantidad de asfalto que sufrió el sobrecosto.

Comentarios.

El Consejo de Estado, para el caso en concreto, negó las pretensiones sustentadas por la parte demandante, en donde solicitó se le reconociera los dineros por concepto del desequilibrio económico, no obstante, aclaró la Corporación que, si bien puede sustentarse una ruptura del equilibrio económico contractual por una imprevisión dentro del contrato, el mismo debe seguir unos requisitos que la misma ley consagra, que la parte demandante no logró demostrar.

En ese orden de ideas, se puede aducir que todo costo adicional en primer lugar debe estar pactado dentro de los documentos iniciales, segundo la entidad contratante debe realizar un estudio y análisis de los posibles riesgos que se llegaren a presentar dentro de la ejecución de la obra en cuestión y si es posible prever los mismos.

En tal sentido, para que prosperen las pretensiones fundadas en la teoría de la imprevisión deben estar correctamente sustentadas al momento de querer aludir a una ruptura del equilibrio contractual, se analizó en el caso que se aportaron pruebas de las cuales se pudo deducir que efectivamente existió un alza en los precios del asfaltó, sin embargo, no se logra observar de manera concreta cuales fueron esos sobrecostos.

Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C.

Fecha de sentencia: Sentencia del 28 de febrero de 2022,

Radicado: 76001-23-33-000-2018-00206-01 (65483)

Medio de Control: Controversias contractuales – Apelación sentencia

Consejero Ponente: **Nicolas Yepes Corrales**

Hechos jurídicamente relevantes.

En el año 2014 se suscribió un contrato de obra pública entre el municipio de Palmira y la sociedad Consorcio Moreno Tafurt S.A, el contrato tenía como objetivo la peatonalización de una calle en el Municipio de Palmira, Valle del Cauca, y se regía por el sistema de precios unitarios fijos con un plazo inicial de 10 meses, prorrogado por tres meses. Durante la ejecución del contrato, se realizaron modificaciones al alcance de la obra, adicionando nuevos elementos y eliminando algunos previamente acordados. El contrato se liquidó de común acuerdo, aunque el contratista se reservó el derecho de emprender acciones legales para reclamar ciertos conceptos.

El demandante alega que el municipio realizó descuentos injustificados, demoró en aprobar los precios unitarios no previstos, no pagó algunas obras realizadas por el contratista a tiempo y efectuó pagos extemporáneos, además, el demandante argumenta que la prórroga del contrato se debió a la entidad y, por lo tanto, debe reconocérsele los costos administrativos adicionales, así como los costos de estudios técnicos debido a las deficiencias en los diseños y los costos financieros incurridos el demandante sostiene que todas estas acciones por parte del municipio llevaron configurar fallas al equilibrio económico del contrato debido a las deficiencias en la planeación precontractual.

El Tribunal Administrativo del valle del Cauca que conoció en primera instancia del asunto, negó las pretensiones de la demanda, toda vez que en la etapa precontractual el contratista no formuló observaciones a los estudios, planos y diseños anexos al pliego de condiciones y durante la ejecución del contrato estuvo de acuerdo con las modificaciones que las partes pactaron actora, por lo cual no son válidas las reclamaciones fundadas en el desequilibrio económico.

Problema jurídico.

¿Las acciones de la entidad contratante relacionadas con, el descuento del valor de componentes, la demora en la aprobación de nuevos ítems de obra, la mayor permanencia en obra, la falta de pago de menores cantidades de obra y la mora en el pago del acta parcial de obra configuran un desequilibrio económico del contrato o son un incumplimiento contractual?

Ratio decidendi.

El Consejo de Estado explica que si bien, las pretensiones de la demanda a todas luces no pueden ser encaminadas a que se reconozca un desequilibrio económico del contrato, dicha pretensión se fundamentó en un incumplimiento contractual, por lo cual procede a hacer unas precisiones relacionadas a diferenciar el equilibrio económico contractual y el incumplimiento contractual, sobre el primero explica que.

“...las condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y de celebrar el contrato, debe mantenerse durante el cumplimiento y ejecución del mismo, que, si bien los contratos son ley para las partes, ante la alteración sustancial de la economía del contrato por la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes e impredecibles, las partes tienen derecho a pedir el restablecimiento del equilibrio económico.”*

Con todo, debe anotarse que no toda variación de la ecuación financiera constituye un rompimiento del equilibrio económico o financiero del contrato, comoquiera que existen riesgos propios que se derivan de la actividad contractual, los cuales deben ser asumidos por las partes.*

En este sentido, se ha señalado que la equivalencia prestacional puede verse afectada: (i) por factores externos a las partes que se enmarquen en la denominada “teoría de la imprevisión”; (ii) por actos de la entidad contratante que modifiquen las condiciones “ius variandi”; y (iii) por actos de la administración como Estado “hecho del príncipe”

En ese sentido la Corporación hace la aclaración de que el equilibrio económico contractual reflejado en la equivalencia prestacional se ve afectado solo en tres escenarios, y que no pueden

ser relacionados con los riesgos propios de la actividad contractual, aunque estos últimos generen una variación a la ecuación pactada la cual deberá ser asumida por las partes.

Ahora bien, en lo relacionado con el incumplimiento contractual, la Sala recuerda que:

“El incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del negocio jurídico, bien sea por su inejecución absoluta o por su ejecución imperfecta o tardía, a lo que cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la infracción de las estipulaciones plasmadas en el texto contractual, sino también de aquellas contenidas en todos los documentos que lo integran, como es el caso, por ejemplo, de los pliegos de condiciones”*

Finalmente, el órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para el caso en específico decide confirmar la sentencia en primera instancia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, desestimando las pretensiones de la demanda que pretendían se declarara una ruptura del equilibrio económico.

Comentarios

Si bien es cierto que, en el proceso analizado el Consejo de Estado niega las pretensiones de la parte actora, en las cuales solicitaba se declarara una ruptura del equilibrio económico, y en consecuencia se reconocieran sumas de dinero a su favor, es relevante esta decisión toda vez que nos explica que no debe confundirse la responsabilidad contractual y la teoría del equilibrio económico del contrato, toda vez que existen diferencias en los requisitos de cada una y los efectos o consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro.

De la lectura de la sentencia y las consideraciones del alto órgano de cierre, se llega a la conclusión que, la teoría del equilibrio de la ecuación económica procura garantizar que en la ejecución del contrato se mantengan las condiciones técnicas, económicas o financieras existentes al momento de su celebración, mientras que la responsabilidad contractual se refiere al incumplimiento de algunas o todas las obligaciones asumidas por las partes de un contrato estatal. En el caso en cuestión, se trata de una disputa sobre la responsabilidad contractual del municipio de Palmira, relacionada con la prolongación del plazo contractual, suministro de estudios desactualizados, el no pago de componentes y demoras en pagos, lo cual fue analizado desde la perspectiva de la responsabilidad contractual.

Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C.

Fecha de sentencia: 19 de julio de 2022

Radicado No.: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814)⁵

Medio de Control: Controversias Contractuales

Consejero Ponente: Nicolás Yepes Corrales

Hechos jurídicamente relevantes.

En 1999 el Instituto Nacional de Vías - INVIAS y la sociedad Ingenieros Constructores e Interventores suscribieron contrato de obra con el fin de realizar la construcción de carril y mantenimiento de unos tramos de la carretera que conduce del municipio de La Paila al municipio de Armenia.

El demandante señala que, durante la vigencia del contrato el precio de la tonelada del asfalto se incrementó de manera imprevista, lo que se tradujo en un aumento anormal en el costo de los ítems que incluían este material, además, aduce que según lo dispuesto en la Ley 488 de 1998, el asfalto pasó a ser gravado con el impuesto a las ventas – IVA, manifiesta que en las compras del asfalto requerido para el contrato, ECOPETROL le cobró este impuesto, a pesar de que no había lugar a ello en virtud de la exención establecida en el artículo 5 de la Ley 30 de 1982, por lo cual solicita se declare que se presentó un desequilibrio económico en contra del contratista, por hechos extraordinarios, imprevistos y ajenos al demandante, que alteraron gravemente la ecuación contractual.

Mediante sentencia de 2014, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró el rompimiento del equilibrio económico del contrato en mención y condenó al INVIAS al pago a favor del contratista por concepto de restablecimiento de la ecuación económica del mismo, toda vez que el precio del asfalto presentó un incremento muy superior al comportamiento histórico que mostraba para el año de 1999, circunstancia que no era previsible al momento de la presentación de la propuesta y que afectó el valor de los ítems del contrato cuya ejecución requería un alto porcentaje de asfalto, sumado el gravamen de IVA impuesto al asfalto.

5

https://consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/261/App_Data33_760012331000200301974011SENTENCI A20221108102936_TCListadoTitulados133153268922558752.pdf

Problema jurídico.

¿El alza en el precio del asfalto y el cobro del IVA en las compras de este insumo constituyen circunstancias extraordinarias, ajenas a las partes, imprevistas, y posteriores a la celebración del contrato, y generaron una excesiva onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones o una alteración fundamental en el equilibrio prestacional?

Ratio decidendi.

La Sala que conoció el proceso en segunda instancia, para tomar la decisión, hizo unas precisiones en torno al equilibrio económico del contrato y la teoría de la imprevisión, luego de hacer un recuento de las normas aplicables al caso, artículo 1602° del Código Civil fuerza normativa del acuerdo de las partes, numerales 3° y 4° del artículo 4° de La ley [80](#)⁶ de 1993 que establecen la obligación de mantener el equilibrio económico del contrato y de adoptar los mecanismos necesarios para el restablecimiento de este, artículo 14° ibidem potestades excepcionales de la administración, artículo 28° que estipula que la interpretación de las normas sobre contratos estatales se tendrá a consideración la igualdad y equilibrio entre las prestaciones y derechos de los contratos conmutativos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala considero que no cualquier variación en la ecuación financiera es por si sola un rompimiento de la equivalencia económica, pues existen riesgos propios de la ejecución de los contratos debido a su natural ejecución, por lo cual precisa que:

“La equivalencia prestacional puede verse afectada en tres eventos: (i) por factores externos a las partes que se enmarquen en la denominada “teoría de la imprevisión”; (ii) por actos de la entidad contratante que, en uso de sus potestades excepcionales, modifiquen las condiciones -“ius variandi”; y (iii) por actos de la administración como Estado en ejercicio legítimo de su posición de autoridad -“teoría del hecho del príncipe”- que afecten indirectamente o de modo reflejo la economía del contrato.

⁶ Ver Ley 80 de 1993. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

*Sobre el particular, la Sala encuentra pertinente precisar que tratándose de contratos sujetos al derecho privado, la procedencia de un eventual restablecimiento de las condiciones contractuales frente al desequilibrio económico sobreviniente, no se abre paso desde la perspectiva de las anteriores disposiciones de la Ley 80 de 1993, sino a partir del ámbito de la denominada “teoría de la imprevisión”, siempre que se trate de circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato de ejecución sucesiva y ajenas a las partes, que generen una excesiva onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones o una alteración fundamental en el equilibrio prestacional**, de conformidad con lo previsto en el artículo 868 del Código de Comercio.”*

Asimismo, hace unas precisiones de requisitos relevantes para que se estructure la teoría de la imprevisión, las cuales, en palabras de la Sala, son:

“(i) que el contrato sea bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida; (ii) que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato; (iii) que esas circunstancias alteren o agraven la prestación a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa; y (iv) que el acontecimiento sea ajeno a las partes y no corresponda a un riesgo asumido en el contrato”

La Sala realizó el análisis de conformidad con el artículo 868 del [Código de Comercio](#)⁷, toda vez que el régimen jurídico aplicable a este contrato fue régimen privado, precisó que:

“tratándose de contratos celebrados por entidades estatales, sea que se rijan por normas de derecho público o de derecho privado, la jurisprudencia ha concluido que las partes pueden solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato al amparo de la teoría de la imprevisión aun cuando la ejecución del contrato haya finalizado”.

Luego de este análisis la Sala decidió negar las pretensiones de la demanda y revocar la sentencia de primera instancia.

⁷ Ver Código de Comercio <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>

Comentarios.

Si bien es cierto que en la referida sentencia el Consejo de Estado no accedió a las pretensiones de la demanda que solicitaban se declarara que durante la ejecución del contrato se presentó un desequilibrio económico, por hechos extraordinarios, imprevistos y ajenos al demandante que alteraron gravemente la ecuación financiera del contrato, nos explica la misma línea que se venía tomando en múltiple jurisprudencia respecto de los requisitos para que se configure la teoría de la imprevisión.

Estudio que se hace relevante para el análisis que se pretende en este documento, pues los requisitos que se logran identificar, son que el contrato sea bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida, que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato y que esas circunstancias alteren o agraven la prestación a cargo de una de las partes y que el acontecimiento sea ajeno a las partes y no corresponda a un riesgo asumido en el contrato, sumado a esto, reitera que la teoría de la imprevisión se puede alegar aun cuando la ejecución del contrato haya terminado.

Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A.

Fecha de sentencia: 16 de agosto de 2022

Radicado: 76001-23-31-000-2009-00726 01 (54.120)⁸

Medio de control: Acción de controversias contractuales

Consejera Ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Hechos jurídicamente relevantes.

En 2005, Incoequipos S.A. y el Invías celebraron el contrato de obra No. 2303 de 2005, cuyo objeto consistió en “Realizar el diseño, reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la vía grupo 2, tramo 1, vía crucero – la virgen – Restrepo (...)”. Con un plazo de ejecución de 21 meses.

⁸<https://serviciossamaicore.azurewebsites.net/api/DescargarProvidenciaPublica/1100103/76001233100020090072601/1F37D01CABF55BA2F6AC12726C9F0D7B11309E0E07D61CFAF25FF28791DF6375/2>

El demandante en su escrito alude a una supuesta ruptura del equilibrio económico del contrato, por las siguientes causas: (i) El mayor valor del asfalto utilizado en la producción de la mezcla densa en caliente tipo MDC-2 y del ACPM; (ii) Disminución de las cantidades de obra a ejecutar; y (iii) Mayor valor que el contratista tuvo que pagar por el transporte de materiales.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, quien conoció del asunto en primera instancia, negó las pretensiones de la demanda, por considerar que no se demostró la ocurrencia de un desequilibrio económico y financiero del contrato No. 2303 de 2005.

Problema jurídico.

¿la variación de los precios en detrimento del contratista, luego de perfeccionado el contrato estatal pueden ser consideradas como desequilibrio financiero del contrato?

Ratio decidendi.

En este caso la Sección Tercera del Consejo de Estado analiza el caso en concreto desde la reclamación de desequilibrio económico del contrato por causa de la variación de los precios de insumos para la producción de mezcla densa caliente tipo MDC-2 y del ACPM, la Sala hace una precisión de la oportunidad para elevar las reclamaciones con sustento en el desequilibrio económico.

“Es importante observar que la improcedencia de las reclamaciones que se presentan en contravía de los acuerdos contractuales también ha sido invocada por la Subsección A de la Sección Tercera esta Corporación, pero en la jurisprudencia de esta Sala no se acepta incorporar una tarifa interpretativa acerca del requisito formal de la salvedad, sino que en cada caso se parte del análisis del contenido del respectivo acuerdo y de sus antecedentes, para determinar el alcance de los otrosíes correspondientes.

Esta Sala ha seguido la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación sobre la fuerza vinculante de los acuerdos contractuales que también se comparte en las sentencias de la Subsección C invocadas en la decisión de primera instancia, establecida inicialmente para las actas de liquidación bilateral –y que bien puede extenderse a los acuerdos contractuales que se realizan en ejecución del contrato cuando las partes

debaten glosas u observaciones sobre el cumplimiento del cronograma o la inversión en obra-, con fundamento en el artículo 1602 del Código Civil y en el principio de la buena fe y la imposibilidad de obrar contra los actos propios, la cual se reitera en esta oportunidad.

Aunque la inexistencia de salvedades ha sido invocada como una de las reglas para la interpretación del alcance del otrosí de prórroga, la Sala advierte que su ausencia no impide el estudio de fondo de las respectivas reclamaciones y no constituye argumento suficiente para desechar las pretensiones correspondientes.

Finalmente, debe hacerse claridad en que esta postura no modifica la exigencia de salvedades claras y concretas en el acta de liquidación bilateral, como requisito para conocer de las reclamaciones en el proceso judicial, en atención a la nota característica del acuerdo sobre el estado financiero de liquidación, que tiene por objeto el cierre definitivo de las cuentas y el finiquito del cada una de ellas para establecer el saldo final, es decir, quién le debe a quien y cuánto le debe”.

En otras palabras, aunque se hayan realizado cambios y acuerdos adicionales al contrato, sin objeciones por parte del contratista en relación al ajuste de precios previsto en el contrato, no impide analizar las reclamaciones del demandante en detalle.

Sin embargo, más allá de determinar si estos documentos modificaron la forma en que se tratarían los cambios en los precios acordados, no hay motivo para llevar a cabo ese análisis debido a que no se ha demostrado que el aumento de precios haya tenido un impacto significativo.

En resumen, dado que no fue demostrado que el contratista haya experimentado una mayor carga financiera debido al aumento de precios de los insumos para la ejecución del contrato, no se evidencia la supuesta alteración económica y financiera del contrato en este aspecto.

Ahora bien en lo relacionado al desequilibrio económico del contrato, esta Subsección ha considerado que los dictámenes deben sustentarse en elementos acreditativos encaminados a establecer que en el período comprendido entre la época de celebración del negocio y el fin de su ejecución se realizaron actividades y gastos correspondientes a las actividades contratadas que presentan un aumento de

precios grave e imprevisto que afecte la ecuación financiera del contrato, requisito que como se evidencia en el estudio del caso no se vio acreditado.

La Sala decide confirmar la decisión de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda, por considerar que no se demostró la ocurrencia de un desequilibrio económico y financiero del contrato No. 2303 de 2005.

Comentarios.

Como aporte importante de esta decisión del Consejo de Estado para el asunto de este documento, es que resalta la relevancia de la aplicación y análisis de los acuerdos y las salvedades del contrato estatal.

Toda vez que el Consejo establece, la posición de que la ausencia de salvedades no debe ser un obstáculo insalvable para el análisis de las reclamaciones, en otras palabras, el hecho de no hacer salvedades en las diferentes etapas de la contratación pública, no debería bloquear automáticamente la oportunidad de hacer reclamaciones futuras de que se reestablezca el equilibrio financiero del contrato, siempre y cuando se considere en todo momento el contenido del contrato y los fines del mismo.

Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena.
Fecha de sentencia: 16 de diciembre de 2022.

Radicado No.: 73001-23-33-000-2017-00473-01 (67397)⁹

Medio de Control: Controversias contractuales

Consejero Ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES

Hechos jurídicamente relevantes.

En 2014 el departamento del Tolima y el Consorcio Saldaña - Purificación celebraron contrato de obra, cuyo objeto consistió en el “MEJORAMIENTO Y PAVIMENTACIÓN DE LA VÍA SECUNDARIA SALDAÑA-PURIFICACIÓN EN EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA”. El contrato se acordó por un valor inicial de \$15.875.193.436,00 y un plazo inicial de 270 días calendario contados a partir del acta de inicio.

⁹ [https://consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/268/73001233300020170047301\(67397\).pdf](https://consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/268/73001233300020170047301(67397).pdf)

Durante la ejecución del contrato tuvieron lugar diversas prórrogas y suspensiones, como resultado el contrato finalizó el 24 de mayo de 2016, y el valor del contrato fue adicionado el 20 de junio de 2015 en \$3.961.769.037,81 y el 9 de marzo de 2016 en \$1.329.947.462,45. Finalmente, el 30 de octubre de 2016, el contrato fue liquidado de manera bilateral.

La actora afirma que debido a deficiencias e inexactitudes en los estudios técnicos y en el presupuesto oficial del contrato y al acaecimiento de otras situaciones ajenas al contratista, como lluvias y protestas por parte de los habitantes del área de influencia, las distancias de transporte de materiales fueron superiores a las previstas. En su demanda solicita que se declare el rompimiento del equilibrio económico en contra del contratista. El Tribunal Administrativo del Tolima en primera instancia negó las pretensiones de la demanda.

Problema jurídico.

¿Hay lugar a declarar la ruptura del equilibrio económico en el evento de que ocurran situaciones ajenas al contratista como lo pueden ser la mayor permanencia en la obra, la variación de precios a lo pactado en el contrato en desmejora de la situación económica del contratista, deficiencias en los estudios técnicos y/o situaciones de lluvias y protestas que afecten la ejecución del objeto del contrato?

Ratio decidendi.

De la sentencia en análisis, lo más relevante para el tema que se pretende analizar en este documento, se encuentra la diferenciación del desequilibrio económico del contrato y el incumplimiento contractual, toda vez que es sobre el desequilibrio económico que se fundan las pretensiones de la parte actora en el caso, la Sala recordó el concepto de desequilibrio, aseverando que:

(...), es menester anotar que el equilibrio o la equivalencia entre derechos y obligaciones de los contratos es un instituto que 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 de celebrar el contrato.”

En tal sentido, las condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y de celebrar el contrato, deben mantenerse durante el cumplimiento y ejecución del mismo, de tal suerte que, frente al principio “pacta sunt servanda”, que como es sabido hace referencia a la firmeza y solidez del vínculo contractual⁴⁶, se erige la denominada “cláusula rebus sic stantibus”

(...) si bien los contratos son ley para las partes, ante la alteración sustancial de la economía del contrato por la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes e impredecibles, las partes tienen derecho a pedir el restablecimiento del equilibrio económico.

Explicando de esta forma, que el vínculo contractual en todo momento debe atenerse a lo pactado en un principio, pero si sobreviene una alteración económica considerable, por causas sobrevinientes e impredecibles, la parte interesada en que se le repare el daño puede alegar que se reestablezcan sus condiciones, sin embargo, la jurisprudencia ha limitado esta solicitud ha que se reestablezcan estas condiciones a tres escenarios:

“En este sentido, se ha señalado que la equivalencia prestacional puede verse afectada: (i) por actos de la entidad contratante que modifiquen las condiciones “ius variandi”; (ii) por actos de la administración como Estado “hecho del príncipe”; y (iii) por factores externos a las partes que se enmarquen en la denominada “teoría de la imprevisión”

Que, a su vez para el ultimo escenario se requieren otros supuestos de hecho:

(i) que el contrato sea bilateral, conmutativo y de ejecución sucesiva, periódica o diferida; (ii) que se presenten circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato; (iii) que esas circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles alteren o agraven la prestación a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa; y (iv) que el acontecimiento sea ajeno a las partes y no corresponda a un riesgo asumido en el contrato”

Concluye la Corporación el análisis de estas dos figuras jurídicas, haciendo un estudio breve pero detallado de las diferencias, para lo cual afirmo que:

“En suma, mientras la teoría del equilibrio o equivalencia de la ecuación económica procura garantizar que en la ejecución del contrato se mantengan las condiciones técnicas, económicas o financieras existentes al momento de su celebración, el incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en virtud del negocio jurídico por ellas acordado se ubica en el marco de la responsabilidad contractual, es decir, aquella que surge de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato existente y válido⁵⁴. Por tanto, aun no deben confundirse la responsabilidad contractual y la teoría del equilibrio o equivalencia económica del contrato, dadas las diferencias que se advierten no solo en los presupuestos, sino también en los efectos o consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso”

Como decisión, la Sala resuelve confirmar la sentencia de primera instancia luego de considerar que la parte actora fundó su pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en la existencia de deficiencias e inexactitudes en los diseños y en el presupuesto oficial del proyecto, lo que en realidad se encuentra en discusión obedece a un caso en el que se atribuye responsabilidad contractual a la entidad territorial.

Comentarios.

Si bien el Consejo de Estado, en el caso específico rechazó las pretensiones presentadas por la parte demandante, que buscaban el reconocimiento de compensaciones por desequilibrio económico en el contrato toda vez que estas no cumplían con los requisitos explicados con anterioridad, es relevante para el análisis, toda vez que esta Corporación destacó que, aunque es posible fundamentar la ruptura del equilibrio económico contractual debido a la imprevisión dentro del contrato, este debe cumplir con ciertos requisitos, a saber, las características del contrato, las circunstancias que ocurran luego de la celebración del contrato y que las mismas resulten onerosas, y como parte más relevante, que estos acontecimientos no sea causado por alguna de las partes así como que tampoco sea un riesgo asumido.

En este contexto, es importante resaltar que cualquier costo adicional en primer lugar debe estar claramente establecido en la documentación inicial del contrato. Además, la entidad contratante debe llevar a cabo un estudio y análisis de los posibles riesgos que puedan surgir durante la ejecución de la obra en cuestión, y si es factible anticipar estos riesgos.

Por lo tanto, para que las demandas basadas en la teoría de la imprevisión tengan éxito y se pueda argumentar una ruptura del equilibrio contractual, es esencial que estén respaldadas de manera sólida en el momento de invocar esta teoría.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C.

Fecha de sentencia: 16 de diciembre de 2022,

Radicado: 52001-23-31-000-2008-00267-01 (41653)¹⁰

Medio de control: Controversias contractuales

Consejero Ponente: Guillermo Sánchez Luque

Hechos jurídicamente relevantes.

En 2006, el Instituto Nacional de Vías-INVIAS adjudicó al Consorcio Construvías el contrato para el mantenimiento de la carretera que conduce entre la Ciudad de Pasto y el sector Mocoa-El Encano-La Piscicultura. El contratista demandante en su escrito alegó que la entidad modificó el contrato, pues, aunque su propuesta previó 5.0 km de acarreo de materiales, está lo obligó a realizar un acarreo por 40 km, circunstancia que le generó un desequilibrio económico.

El Tribunal Administrativo de Nariño en primera instancia negó las pretensiones, al estimar que los proponentes debían conocer las condiciones de ejecución del contrato antes de presentar oferta, consideró que la propuesta se adjudicó por tener el menor precio por lo cual la entidad no modificó las condiciones del contrato.

Problema jurídico

¿Se configuró desequilibrio económico en el caso que la Entidad contratante ordene al contratista ejecutar el contrato en unas condiciones distintas a las previstas en su propuesta?

Ratio decidendi

¹⁰<https://serviciossamaicore.azurewebsites.net/api/DescargarProvidenciaPublica/1100103/52001233100020080026701/47BB48A6443F6DE28F363543039461D6F101AE38086BA3D3418C6FC4F731D258/2>

Luego de un análisis de las generalidades que se han venido analizando, en lo relacionado a las características del contrato estatal y las obligaciones del mismo, en especial ahora al principio de *pacta sunt servanda* en el cual el contrato es ley para las partes y el principio de conmutatividad, en el cual por una parte la entidad pública busca cumplir los fines del estado y el contratista persigue un beneficio económico y la importancia de hacer un análisis de riesgos en la etapa precontractual, con el fin de evitar imprevistos, la Sala explica la importancia que tiene mantener el equilibrio económico del contrato público, toda vez que este debe ser del interés público, así:

“La preservación de la ecuación financiera es, pues, un propósito fundamental en la contratación pública. Por una parte, conviene al interés público, dado que mediante el contrato se persigue la provisión de los bienes, la correcta ejecución de obras o la buena prestación de un servicio (art. 2 CN) y, por otra, al contratista cuya remuneración razonable se soporta en criterios de justicia, equidad, garantía del patrimonio e igualdad ante las cargas públicas (arts. 13 y 58 CN).”

Las partes del contrato público deben soportar el riesgo normal propio de cualquier negocio. El contratista del Estado tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no entraña la carga de soportar un comportamiento del contratante o un riesgo anormal que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas. En esencia, pues, el equilibrio financiero del contrato protege su aspecto económico, frente a las distintas variables que podrían afectarlo para garantizar a las partes el recibo del beneficio pactado, o impedir las pérdidas, de acuerdo con las condiciones que se tuvieron en cuenta al tiempo de su celebración.

Hace una conceptualización del equilibrio financiero del contrato:

“(…) el equilibrio económico en contratación pública significa que las prestaciones asumidas por una parte se entienden como equivalentes a las de la otra, surge la obligación de adoptar medidas encaminadas a que esa equivalencia, que en términos económicos nació al celebrar el contrato, se mantenga durante la ejecución y a que, en caso de que se altere por circunstancias sobrevinientes e imprevisibles e imputable o no

a ellas, se restablezca. Por ello, si la conmutatividad se altera y genera una ruptura del equilibrio prestacional, que haga más oneroso el cumplimiento de prestaciones a una de las partes, la Ley 80 impone la obligación de mantener el equilibrio financiero del contrato y de adoptar las medidas necesarias para restablecerlo. La preservación de la ecuación financiera es un postulado especial de la contratación.

Igualmente, el Consejo de Estado realiza un recuento jurisprudencial la cual ha determinado como línea que los eventos que configuran ruptura de la ecuación del contrato son:

“a) cuando la entidad contratante mediante el ejercicio de facultades excepcionales introduce modificaciones al contrato que hacen más onerosa su ejecución bajo un régimen de responsabilidad sin falta. b) cuando la Administración como autoridad y no como expide leyes o actos administrativos de carácter general que afectan directa o indirectamente la ejecución del contrato y alteran de manera extraordinaria, imprevisible y anormal el equilibrio prestacional. El «hecho del príncipe» impone una indemnización integral c) cuando por factores exógenos a las partes del negocio se dan circunstancias externas que alteran de manera extraordinaria la ecuación financiera sin que pudiera preverse al suscribirse el contrato. En este caso hay compensación, no indemnización integral [«teoría de la imprevisión»], y d) cuando emergen dificultades de orden material derivadas de hechos de la naturaleza que no pudieron preverse y comportan mayores cantidades de obra y soluciones técnicas costosas”

Pero en lo relacionado al incumplimiento afirma que este:

“El incumplimiento del contrato —que supone una lesión del derecho de crédito del cocontratante— genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios ocasionados (art. 1546 CC). La infracción de las cláusulas del contrato por una de las partes configura la responsabilidad contractual y faculta a reclamar la indemnización de todos los perjuicios causados”

Finaliza haciendo una comparación breve entre las figuras de desequilibrio económico del contrato y el incumplimiento, pretendiendo resolver una confusión normativa con estas dos teorías, la explica así:

El «equilibrio o la equivalencia de la ecuación económica» pretende que, en el desarrollo del contrato, se mantengan las condiciones técnicas, económicas o financieras existentes al momento en que fue celebrado. Dicho equilibrio puede verse afectado por factores externos a las partes o por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración como consecuencia o por razón de la expedición de actos administrativos en ejercicio legítimo de su condición de autoridad.

El incumplimiento, en cambio, evalúa el comportamiento de las partes frente a la ejecución del contenido obligacional, esto es, si fue tardío, defectuoso o conforme con lo que libre y voluntariamente acordaron. Por ello, el incumplimiento debe analizarse desde la perspectiva de la responsabilidad contractual. El incumplimiento, además, faculta a la entidad pública a sancionar al contratista mediante la declaratoria de caducidad administrativa del contrato, o para imponer multas y declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato

Finalmente, el Consejo de Estado decide confirmar la sentencia del A quo, en el entendido que los proponentes debían conocer las condiciones de ejecución del contrato antes de presentar oferta, que la propuesta se adjudicó por tener el menor precio por lo cual la entidad no modificó las condiciones del contrato.

Comentarios.

En la jurisprudencia en comento podemos analizar, una vez más como el órgano de cierre en la jurisdicción administrativa aclara las diferencias fundamentales entre dos teorías de relevancia en la contratación estatal, el equilibrio económico o financiero y el incumplimiento del contrato, esta aclaración es importante debido a la confusión recurrente que hemos visualizado en múltiples casos, tanto en las demandas presentadas como en las defensas formuladas. Las distinciones entre estos dos conceptos son cruciales, ya que tienen implicaciones legales distintas y requieren pruebas diferentes para su establecimiento.

En resumen, la responsabilidad contractual se centra en sancionar situaciones de incumplimiento de las obligaciones contractuales, por otro lado, el equilibrio financiero del contrato estatal busca mantener la igualdad entre los derechos y las obligaciones acordadas en el momento de la celebración del contrato.

Conclusiones

- El Consejo de Estado se ha sostenido en la línea de que la equivalencia prestacional puede verse afectada: (i) por actos de la entidad contratante que modifiquen las condiciones “ius variandi”; (ii) por actos de la administración como Estado “hecho del príncipe”; y (iii) por factores externos a las partes que se enmarquen en la denominada “teoría de la imprevisión”.
- La jurisprudencia del Consejo de Estado ha adoptado y mantenido la teoría del hecho del príncipe como aquella que se refiere al rompimiento del equilibrio económico del contrato por la expedición, imprevista y posterior a su celebración de medidas de carácter general y abstracto por parte de la entidad estatal contratante, que de manera indirecta o refleja afectan la ecuación contractual y hacen más gravosa la situación del contratista.
- El órgano de cierre en lo administrativo continua en la línea de que la teoría de la imprevisión se relaciona con hechos de diversa índole, que no se previeron al momento de celebrar el negocio jurídico, y que, al presentarse, agravan -mas no imposibilitan- la ejecución del contrato.
- El desequilibrio económico o financiero del contrato y el incumplimiento contractual, para la jurisprudencia, son dos teorías totalmente opuestas y de vital importancia el análisis que se haga de las mismas en sede judicial, toda vez que las dos cuentan con requisitos diferentes para que se declaren, y su reconocimiento genera efectos diferentes.
- La buena elaboración de estudios previos y estudios de mercado por la entidad contratante en la etapa precontractual es una forma de evitar que sean presentadas acciones de controversias contractuales en las cuales se pretenda que se declare un desequilibrio económico.
- De lo analizado en los casos se identifica que es de importancia realizar un estudio del presupuesto inicial y de los costos involucrados en la ejecución del contrato, como la inflación y los posibles cambios en los costos de los recursos durante el plazo del contrato.
- El desequilibrio económico es más común en los contratos de obra.

III. Bibliografía

Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Acción de controversias contractuales (apelación sentencia). Radicado: 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990)

Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Acción de controversias contractuales. Radicado: 54001-23-31-000-2010-00216-01(55541).

Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Controversias contractuales – Apelación sentencia. Radicado: 76001-23-33-000-2018-00206-01 (65483)

Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Acción de Controversias Contractuales. Radicado: 76001-23-31-000-2003-01974-01 (53814).

Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. ACCIÓN CONTRACTUAL. Radicado: 76001-23-31-000-2009-00726 01 (54.120)

Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Controversias contractuales. Radicado 73001-23-33-000-2017-00473-01 (67.397)

Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Controversias contractuales. Radicado: 52001-23-31-000-2008-00267-01 (41653)