

PRINCIPIO DE EQUILIBRIO ECONOMICO Y FINANCIERO - Reconocimiento de compensación o indemnización a contratista aún cuando el contrato celebrado con entidad estatal no está sujeto a Ley 80 de 1993 / PRINCIPIO DE EQUILIBRIO ECONOMICO Y FINANCIERO - Aplicación en contratos no sometidos a Ley 80 de 1993 / CONTRATISTA - Indemnización. Posibilidad de recibirla aún cuando su contrato no se rija por Ley 80 de 1993

Cabe entonces preguntarse si en un contrato celebrado por una entidad estatal, que tiene como propósito la realización de estudios de rehabilitación y construcción de obras públicas, en el cual el contratista cumplió las obligaciones a las cuales estaba sujeto no obstante alegar que constituían un evento de desequilibrio económico, cabría la declaratoria de responsabilidad del Estado y la condena consecuencial. (...) La Sala considera que por fuera de las normas incorporadas en la Ley 80 de 1993 y del artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, existe suficiente soporte normativo para concluir que un contrato celebrado por parte de una entidad estatal, que no está sujeto a la Ley 80 de 1993 y que tiene como propósito la realización de estudios para la rehabilitación y construcción de obras de infraestructura, es susceptible de análisis judicial y de condena en contra de la entidad, frente a la demanda presentada por el contratista para obtener el restablecimiento del equilibrio, una vez probados debidamente los supuestos de hecho correspondientes. (...) no obstante el sometimiento al derecho civil y comercial del contrato en cuestión, la contratación de estudios para rehabilitación y construcción de obras de infraestructura vial claramente involucra el interés general y la utilidad social, no solo en atención a la definición de naturaleza del contrato transcrita, sino también en consideración al derecho positivo nacional que de manera expresa las tipifica en el artículo 58 de la Ley 388 de 1997. Lo anterior posibilita señalar al contratista como un colaborador del Estado que, de acuerdo con las condiciones propias del caso, puede recibir una compensación o indemnización en atención a la pérdida que hubiera experimentado por la modificación de las condiciones inicialmente acordadas.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 868 / LEY 80 DE 1993 / LEY 388 DE 1997 - ARTICULO 58

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Aplicación

La naturaleza jurídica de la pretensión, como manifestación del demandante para que se vincule al demandado mediante una sentencia en determinado sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos, atribuye al actor la facultad, en ejercicio del principio dispositivo, de dirigir el proceso hacia un fin y de determinar el camino correspondiente; el juez, por su parte, en aplicación, deberá estarse a ese camino, es decir a la causa petendi y al petitum, para la toma de la decisión final en el proceso.

TEORIA DE LA IMPREVISION - Aplicación. Presupuestos

Las entidades estatales, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, están llamadas a responder pecuniariamente mediante una condena proferida por la autoridad judicial correspondiente, en términos generales, cuando quiera que en desarrollo de un contrato debidamente celebrado: (i) incumplan con las obligaciones contractuales que emergen de la autonomía de las partes, expresadas en el texto contractual o en todos los documentos que hacen parte integrante del contrato, tanto previos (pliego de condiciones, adendos), concomitantes (anexos), o posteriores (adiciones); (ii) incumplan con las obligaciones contractuales que surgen de las normas imperativas; (iii) o de las

normas dispositivas o supletorias, salvo que se haya dispuesto en contra de ellas de manera expresa en el texto contractual o en los documentos que hacen parte integrante del contrato; (iv) incumplan con las obligaciones que se derivan de la buena fe, la costumbre y la equidad; (v) ejerzan irregularmente las facultades exorbitantes de interpretarlo, modificarlo, terminarlo o caducarlo; (vi) impongan multas o hagan efectivas cláusulas penales pecuniarias por fuera de los supuestos fácticos o de las normas que lo permiten; (vii) incumplan la obligación de reparar la ecuación financiera y restablecer el equilibrio económico del contrato como consecuencia de las alteraciones que ocurran por la modificación del contrato (ius variandi), el hecho del príncipe o la teoría de la imprevisión.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver las sentencias: 18 de septiembre de 2003, exp. 15119; 26 de febrero de 2004, exp. 14043; 28 de abril de 2010, exp. 17430.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-26-000-1998-01474-01(22756)

Actores: HIDROCONSULTA LTDA., E INGENIERIA ARGOS LTDA.

Demandado: FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO

Referencia: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado procede a resolver los recursos de apelación presentados por la parte demandante y por la parte demandada en contra de la sentencia del 14 de marzo de 2002, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, mediante la cual se declaró que en desarrollo del contrato de consultoría n.º 584/95 se *“rompió el equilibrio financiero”* en perjuicio de los demandantes y, en consecuencia, se condenó a la entidad al pago de \$175 309 110.

SÍNTESIS DEL CASO

En desarrollo de un contrato, la entidad y el contratista decidieron de común acuerdo adicionarlo en valor y plazo. Una vez cumplida la totalidad de las prestaciones correspondientes, sin que se suscribiera el acta de liquidación, el

contratista expresó que se debía ajustar el valor del contrato puesto que había sufrido un perjuicio por el desequilibrio de la ecuación económica o financiera.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1 El 21 de abril de 1998, Hidroconsulta Ltda., e Inargos Ltda., presentaron demanda en contra del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo Fonade, en ejercicio de la acción de controversias contractuales (f. 9-31, c. 1).

1.1 Los hechos sobre los cuales hizo consistir la demanda se pueden presentar así: (i) Fonade abrió un *“proceso de selección de consultores para estudios de concesiones de carreteras año 1995”*, denominado *“concurso público de méritos n.º 003 - 95”*, dentro del cual *“el precio de la propuesta no fue considerado como elemento de calificación para la escogencia del consultor”*; (ii) *“el valor del ESTUDIO CUATRO (4) fue determinado unilateralmente por la entidad contratante ... en la suma de \$620 millones ...”*; (iii) la propuesta que presentaron los demandantes *“fue exclusivamente técnica, no económica o financiera, por lo cual en ella no se hace referencia alguna al precio”*; (iv) la entidad adjudicó el contrato mediante la resolución n.º 403 del 18 de septiembre de 1995, *“en la cual no se mencionó en ningún caso el precio de los contratos adjudicados”*; (v) el 4 de octubre de 1995 se suscribió el contrato n.º 584, en cuya cláusula tercera la entidad *“fijó el valor del mismo en la suma global fija, incluido el IVA y reajustes de \$620 000 000,00”*; (vi) el 30 de octubre de 1995 se suscribió el acta de iniciación de los estudios contratados, de suerte que *“el término previsto para la ejecución material del estudio era desde el 30 de octubre de 1995 hasta el 30 de marzo de 1996”*; (vii) el contrato fue suspendido en dos oportunidades: a) el 27 de marzo de 1996, por un término de 30 días, en razón a que el Instituto Nacional de Vías requería analizar el alcance de las actividades principales del estudio; b) el 10 de mayo de 1996 se prorrogó la suspensión hasta el 30 de mayo de 1996, puesto que el alcance de las actividades no había sido definido en su totalidad; (viii) el 17 de junio de 1996 se reiniciaron las actividades; (ix) como consecuencia de la revisión practicada por parte del Instituto Nacional de Vías, se concluyó que el contratista, quien debía realizar las actividades denominadas *“fase II”*, también habría de cumplir con otras adicionales, denominadas *“fase III”*; (x) el contrato se prorrogó hasta el 20 de noviembre de 1996; (xi) el precio por la ejecución de las actividades introducidas al contrato fue aumentado en un 50 %, con el argumento de que ese era el límite legal permitido; (xii) las tarifas profesionales del Ministerio de Transporte para el pago de honorarios fueron reajustadas durante la ejecución del contrato, lo que significó un mayor valor que hubo de pagar el contratista a los profesionales que laboraban con él; (xiii) el contratista presentó un número plural de reclamaciones extrajudiciales a la entidad antes de presentar la demanda.

1.2 De acuerdo con la demanda, *“todas las circunstancias expuestas, desde la fijación unilateral del precio original del contrato, pasando por las suspensiones de actividades del contrato, la prórroga del tiempo de servicio y las modificaciones introducidas por la entidad contratante al alcance de los estudios para llevarlos a la fase III (estudios definitivos), causaron un agravio económico al consorcio, el cual tuvo que afrontarlo para dar satisfacción a los requerimientos de la contratante”* y dan lugar a la formulación de las siguientes pretensiones:

Que se declare que en el desarrollo y ejecución del Contrato de Consultoría n.º 584 de 1985, y sus adiciones, celebrados entre las partes para los ESTUDIOS DE REHABILITACIÓN Y CONSTRUCCIÓN EN PROYECTOS DE CONCESIÓN DE LAS CARRETERAS: SAN GIL–BUCARAMANGA–SAN ALBERTO, BUCARAMANGA–BARRANCABERMEJA, se rompió el equilibrio financiero en detrimento del consorcio consultor demandante por circunstancias ajenas a éste y en beneficio del servicio público a cargo de la entidad contratante.

Que se condene a FONADE a pagar al consorcio HIDROCONSULTA – INARGOS, identificado (sic), a título de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato de consultoría n.º 584 de 1995, celebrado entre las partes, para los estudios de rehabilitación y construcción de proyectos de concesión de las carreteras: San Gil–Bucaramanga–San Alberto, Bucaramanga–Barrancabermeja, las sumas siguientes, según estimación efectuada en la fecha de la demanda, de conformidad con las tarifas fijadas por el Ministerio de Transporte para contratos de consultoría e interventoría, como sigue:

| | |
|--|-----------------|
| Salarios de personal | \$ 399.661.380 |
| Costos de personal con multiplicador 2.70 | \$1.079.085.725 |
| Arrendamientos pagados | \$ 97.857.260 |
| Servicios públicos pagados | \$ 12.663.220 |
| Gastos de viaje pagados | \$ 16.380.212 |
| Otros costos directos pagados | \$ 66.029.201 |
| Valor total causado | \$1.272.015.618 |
| Valor pagado por FONADE | \$ 816.445.856 |
| Saldo a favor del demandante a 16 de diciembre de 1996 | \$ 455.569.762 |
| Valor intereses según la Ley 80/93 a febrero/98 (IPC+12 / anual, esto es 23+14 = 37 /) | \$ 168.560.810 |
| Total a reconocer y pagar | \$ 624.130.570 |

SON: SEISCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES CIENTO TREINTA MIL QUINIENTOS SETENTA PESOS MCTE

En subsidio de la pretensión inmediatamente precedente, que se condene a FONADE a pagar al consorcio demandante, las sumas que se determinen en el proceso de acuerdo con los costos reales pagados por el demandante, más la administración, la utilidad y los honorarios que debió haber recibido por la ejecución del contrato, afectados por los ajustes e intereses de ley.

II. Trámite procesal

2 El Tribunal *a quo* admitió la demanda (f. 34, c. 1) y la notificó debidamente a la entidad (f. 38, c. 1), quien, a través del memorial de contestación correspondiente (f. 40 - 51, c. 1) se opuso a las pretensiones de la demanda, negó la veracidad de algunos hechos, aceptó la de otros y en relación con los demás manifestó estarse a lo que se probara. En concreto, afirmó que: (i) el precio del contrato por una suma de \$620 000 000 no fue fijado unilateralmente por la entidad, sino que obedeció a un acuerdo de voluntades, que se instrumentalizó a través del contrato n.º 584 del 4 de octubre de 1995; (ii) las suspensiones fueron pactadas por las partes, y dentro de los documentos correspondientes no se advierte inconformidad alguna de parte del contratista; (iii) la complementación de los estudios se concretó a través de la suscripción de dos adiciones al contrato: la adición n.º 1 comprendió un aumento del precio por una suma de \$316 200 000 y la adición n.º 2 un plazo de cuatro meses para cumplir con tales estudios, comprendido entre el 3 de julio y el 3 de noviembre de 1996. Así, dado que el aumento indicado estaba

por encima del 20 / del valor del contrato, el contratista habría podido abstenerse de continuar con el contrato, en los términos de la Ley 80 de 1993; (iv) los valores correspondientes fueron pagados por la entidad; (v) "los mayores costos no existieron en la ejecución del contrato y sus adiciones"; (vi) las tarifas del Ministerio de Transportes para el pago de honorarios a los profesionales fueron reajustadas desde antes de que se firmara la adición n.º 1 del 28 de mayo de 1996, razón por la cual el contratista las conocía y si no estaba de acuerdo con el efecto que ello significaría, "había podido renunciar a la continuación de la ejecución"; (vii) las reclamaciones extrajudiciales presentadas por el contratista se respondieron de manera negativa por parte de la entidad; (viii) a título de excepciones, de acuerdo con argumentos idénticos a los expuestos con anterioridad, presentó las siguientes: "el contrato es ley para las partes" e "inexistencia del desequilibrio financiero".

3 El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, el 14 de marzo de 2002, profirió la sentencia objeto de impugnación (f. 189–236, c. ppl.).

3.1. En la parte resolutive dispuso:

PRIMERO: No prosperan las excepciones formuladas por la parte demandada, ni la objeción que por error grave se formuló contra el primer dictamen pericial.

SEGUNDO: Declárese que en el desarrollo del contrato de consultoría n.º 584/95 y sus adicionales, celebrado entre el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE– y el Consorcio integrado por las sociedades Hidroconsulta Ltda. e Ingeniería Argos Ltda. –INARGOS– se rompió el equilibrio financiero en detrimento del consorcio contratista y a favor de la entidad contratante.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, condénase al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –FONADE– a pagar a las sociedades Hidroconsulta Ltda. e Ingeniería Argos Ltda. –INARGOS– la suma de ciento setenta y cinco millones trescientos nueve mil ciento diez mil pesos (\$175'309.110) para restablecer el equilibrio financiero del mencionado contrato.

CUARTO: Para el cumplimiento de la sentencia se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: De no ser apelada esta providencia CONSULTESE con el H. Consejo de Estado (artículo 184 del C.C.A).

3.2. Los argumentos sobre los cuales se fundamentó son: (i) las excepciones propuestas no estaban destinadas a enervar las pretensiones porque no constituían un medio que las modificara o extinguiera, sino que comprendían solamente planteamientos de orden jurídico que no tienen alcance diferente a "negar los hechos sustento de la demanda en ejercicio del genérico derecho de la parte demanda de oponerse a la prosperidad de lo pretendido por el actor"; (ii) la afirmación de que la entidad fijó unilateralmente el precio del contrato no es válida, "ya que el contrato surge de un acuerdo de voluntades y si el contratista aceptó el precio fue porque lo consideró suficiente para cubrir los costos y sus honorarios pues de no ser así no ha debido celebrar el contrato"; (iii) no está probado que las tarifas expedidas por el Ministerio de Transporte afectaran negativamente al contratista, "por el contrario, lo demostrado es que al suscribirse el contrato adicional 01/96 se tuvo en cuenta tal aspecto incrementando estos factores en relación con el contrato inicial en un 19.5 %"; (iv) los trabajos correspondientes a la

"fase III" tampoco generaron desequilibrio económico alguno en perjuicio del contratista, puesto que en el contrato adicional n.º 01/96 celebrado para la realización de tales labores "fue el producto de un acuerdo entre las partes y su precio surgió de las propuestas presentadas por el contratista que luego de varias posiciones en tal sentido estuvo acorde en reducir el alcance de los trabajos para adecuarse al presupuesto con que contaba la administración y, por tanto, fue el mismo contratista el que, por último, determinó el valor la adición"; (v) la objeción por error grave presentada por los actores en contra del peritaje rendido por Jaime López Ríos y José Raúl López Ochoa no está llamada a prosperar en tanto que "los peritos se limitaron a rendir el experticio de conformidad con los puntos señalados y sus conocimientos al respecto exponiendo sus conclusiones teniendo en cuenta los elementos de juicio que les fueron suministrados y el hecho de que no coincidan con lo pretendido con la parte actora no puede tomarse como soporte de un error y menos con las características de grave"; (vi) de acuerdo a la Ley 80 de 1993 (numeral 9º del artículo 4º; numeral 1º del artículo 5º; artículo 27), se accede a las pretensiones de la demanda porque se "distorsionó la ecuación económica propia de los contratos conmutativos donde las prestaciones deben ser equivalentes", al considerar que la suspensión del contrato por un período aproximado de dos meses y medio incrementó los costos para el contratista "por concepto de sueldos y prestaciones sociales de los empleados a su cargo" y obedeció a motivos ajenos al contratista –"no tuvo finalidad distinta a lograr un acuerdo con el contratista para que éste adelantara sus trabajos hasta la culminación de la fase III del proyecto, adicionando el objeto del contrato ya que el alcance inicialmente pactado solo comprendía hasta la fase II". Así, hay lugar a condenar, en atención a las siguientes consideraciones:

Que conforme a los dictámenes periciales y las certificaciones de contadores públicos que se anexaron los costos totales derivados del desarrollo del contrato ascendieron a \$914.694.396.46 aun cuando, según la certificación expedida por el contador del Consorcio, tal suma no incluye costos de administración ni utilidades. El FONADE pagó un total de \$936.200.000.00. Que los valores cancelados por los integrantes del consorcio a la DIAN por concepto de IVA como recaudadores del impuesto, ascendieron a \$104.494.072.00 que se encuentran incluidos en las sumas pagadas por FONADE al contratista pero no en los costos totales de ejecución del contrato, según las certificaciones expedidas por contadores públicos que obran en el proceso, por lo cual la suma realmente recibida como retribución por la ejecución del contrato solo asciende a \$831.705.928.00. Que en las anteriores condiciones los costos estimados por el consorcio excedieron en \$82.888.468.46 los valores realmente recibidos por la ejecución de los trabajos, situación que conlleva a un rompimiento de la ecuación financiera a favor de la administración y en contra del contratista, produciendo a la vez la ruptura del equilibrio económico del contrato (...) se desconoce el valor exacto de las sumas que el contratista tuvo que pagar por tales conceptos durante la suspensión del contrato ya que la parte actora no aportó al proceso la prueba idónea para demostrar tal extremo, pero lo cierto es que tal fenómeno explica el desfase que al final se presentó entre los costos asumidos por el consorcio en el desarrollo de los trabajos y los valores cancelados por el FONADE como precio total del contrato 584/95 y sus adicionales que, como se dijo en el punto relacionado con los hechos probados, ascendió a \$82.888.468.46 que no fueron reconocidos por la administración, desfase que indudablemente rompe el equilibrio financiero del contrato en contra del contratista que vio disminuido el ingreso a que tenía derecho en la suma mencionada. (...) Por lo anterior se accederá a las pretensiones de la demanda pero no en la cuantía allí solicitada sino en lo

demostrado... (...) Es de notar que no se toma en su integridad el último dictamen pericial practicado dentro del proceso porque los peritos contra lo que dicen inicialmente confunden la noción de utilidad con la de honorarios, sin tener en cuenta que en los contratos celebrados con factor multiplicador los dos conceptos están involucrados en el de "honorarios" y estos fueron cancelados en su totalidad al consorcio según se desprende de los certificados expedidos (sic) propios contadores. Se tomará la partida correspondiente a pago del IVA, pero no en la suma fijada por los peritos sino en el valor efectivamente pagado conforme a las pruebas que obran en el proceso. Por todo lo anterior se accederá a declarar el rompimiento del equilibrio económico del contrato 584/95 y sus adicionales en contra del contratista y se condenará al FONADE a restablecerlo pagando al consorcio consultor la suma de \$82.888.468.46.

4 En contra de la sentencia, presentaron sendos recursos de apelación la parte demandante (f. 238, c. ppl.) y la entidad (f. 239, c. ppl.).

4.1 Los actores sostuvieron en la sustentación del recurso (f. 247–249, c. ppl.) que el monto de los intereses liquidados sobre el IVA, que ascendió al 6 %, no es correcto *"ya que por tratarse de un impuesto debió aplicar la misma tarifa moratoria que la DIAN le hubiera aplicado si no hubiera consignado oportunamente como recaudador del IVA, el valor correspondiente o al menos aplicar el interés contractual del 12 % señalado en la ley 80 de 1993"*. También adujeron que el Tribunal *a quo* se abstuvo de reconocer suma alguna por concepto de honorarios o utilidad lícita.

4.2 La entidad demandada pidió que se revocara la sentencia en todas sus partes, para lo cual sustentó el recurso con fundamento en los siguientes argumentos: (i) es un inmenso error del Tribunal *a quo* fundamentar el rompimiento del equilibrio económico en la falta de pago del IVA, puesto que *"dentro de los parámetros del concurso, como en el respectivo contrato y adición el IVA estaba incluido en los precios acordados y aceptados por el contratista"*; (ii) la sentencia vulnera el principio de congruencia, puesto que se condenó por rompimiento del equilibrio económico por la falta de pago del IVA, pero esa no fue una pretensión de la demanda; (iii) no obstante que la sentencia descarta una a una las bases de la demanda, *"sorpresivamente y contrariando totalmente lo anterior, acoge lo argumentado por la parte demandante, en lo referente a las suspensiones, como si ellas hubiesen sido culpa de la entidad demandada, pero resulta ser que ellas obedecieron, más a peticiones de los mismos demandantes, pero que en todo caso, fueron el resultado del mutuo acuerdo"*; (iv) *"la sentencia se equivoca al hablar de suspensión de dos meses y medio cuando se estaba era precisamente acordando entre las partes llevar lo de fase II a fase III con una adición que costó \$316.200.000.00 que se pagó en su totalidad."*; (v) *"no debe pasar desapercibido el hecho dicente de que cuando apenas quedaban tres días para la ejecución material y entrega de los estudios pertinentes, lo cual debía efectuarse el día 30 de marzo de 1996 se produjo la suspensión del contrato. Luego, apenas tres días que faltaban no pueden servir de fundamento alguno al desequilibrio financiero alegado por la entidad demandada"* (f. 259–260, c. ppl.).

5. La Procuraduría General de la Nación rindió el concepto correspondiente, a través del cual solicitó modificar la sentencia impugnada con base en las siguientes consideraciones: (i) *"el pago del IVA no se expuso como soporte de las pretensiones en la causa petendi de la demanda"*, en tal sentido *"en el caso de autos objeto de debate no puede extenderse a otras circunstancias de desequilibrio económico"*; (ii) la presentación de la propuesta frente a los términos

de referencia y la posterior suscripción del contrato por parte de los ahora demandantes, *“indican de manera fehaciente su conformidad con el precio de la contratación, aspecto sobre el cual tenía plena certeza”*; (iii) tampoco hay lugar a reconocimiento de desequilibrio alguno en razón a los reajustes de las tarifas ordenadas por el Ministerio de Transporte, porque hubo un acuerdo entre las partes al respecto y los *“reajustes fueron fijados con anterioridad a los contratos principal y adicional”*; (iv) finalmente, *“las partes suscribieron el 27 de marzo y el 10 de mayo de 1996 actas de suspensión de actividades ... por necesidades de la administración ... la situación referida permite afirmar que los costos en que incurrió el consorcio durante ese lapso (27 de marzo de 1996 hasta el 17 de junio de 1996), efectivamente deberán ser a cargo de la entidad demandada, la cual deberá reembolsarlos a la parte actora”*; (v) de acuerdo con lo anterior y dado que *“no se acreditó la cuantía de los costos adicionales que debió asumir el contratista en razón de dicha suspensión”*, puesto que no es aceptable condenar por el valor del IVA pagado, se concluye que *“la condena en contra de la entidad como consecuencia del restablecimiento del equilibrio contractual deberá determinarse en incidente posterior, en el cual se tendrá en cuenta la documentación que hacer parte de este proceso, sobre los costos de personal, stand by de maquinaria y equipos, etc., durante el término de suspensión”* (f. 286–299, c. ppl.).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

6 El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto y debidamente sustentado por la demandante, en contra de la sentencia, dado que la cuantía de la demanda alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988 para que asuma el conocimiento de una acción contractual en segunda instancia. En 1998, cuando fue presentada la demanda, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción contractual fuera conocido por esta corporación era de \$18 850 000 –artículos 129 y 132 del C.C.A, subrogados por el Decreto 597/88– y la mayor de las pretensiones fue estimada en la demanda en la suma de \$624 130 570.

II. Hechos probados

7 De conformidad con las pruebas incorporadas al expediente, las cuales se encuentran en estado de valoración, puesto que fueron allegadas en cumplimiento de los presupuestos procesales, los hechos que resultan de mayor relevancia para resolver el problema jurídico que con posterioridad se plantea –párrafo 8–, se pueden presentar de la siguiente forma:

7.1 El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo–Fonade y el Instituto Nacional de Vías iniciaron un *“PROCESO DE SELECCIÓN DE CONSULTORES”* (copia auténtica, f. 2–47, c. 3)) para el estudio de diferentes concesiones viales que se habrían de adjudicar. Los *“TÉRMINOS DE REFERENCIA”*, comprendían, entre otras, las siguientes condiciones.

7.1.1 En relación con el proyecto identificado como *“4. SAN GIL–BUCARAMANGA–SAN ALBERTO, BUCARAMANGA–BARRANCABERMEJA. San Gil–Los Curos. Los Curos–Bucaramanga. Floridablanca–Palenque–Café Madrid. Palenque–Río Sogamoso. * Incluye la actualización e incorporación de los estudios existentes de la carretera BUCARAMANGA–SAN ALBERTO y RIO*

SOGAMOSO–BARRANCABERMEJA”, se definió que su presupuesto oficial ascendía a \$620 000 000 y que el plazo de ejecución era de seis meses (copia auténtica, f. 4–5, c.3).

7.1.2 Respecto del costo del contrato (copia auténtica, f. 9–10, c. 3), se indicó:

COSTO DEL CONTRATO DE ESTUDIO

El costo total del contrato debe cubrir íntegramente los costos directos derivados de la ejecución de los estudios, el estimado de los indirectos y la utilidad del consultor. Para definir el costo del contrato, los costos de operación del consultor se clasifican así:

- a. *Costos directos del personal del proyecto. Están constituidos por los salarios del personal profesional, técnico, asesores y auxiliar asignado para ejecutar labores directas del contrato. El personal aquí incluido debe tener vinculación laboral con el consultor, la deberá demostrar a solicitud del FONADE, en el evento de que este lo requiera. Sus prestaciones sociales o laborales se presentarán en forma separada y se estimará su costo de acuerdo con el plazo del contrato y la utilización del personal.*
- b. *Otros costos directos. En estos costos se incluyen otros insumos requeridos para la ejecución del contrato tales como honorarios por servicios pagados por el consultor, gastos de viaje, acarreos y transporte, alquiler de equipo, suministros de materiales y los insumos que se presupuesten como necesarios para la normal ejecución del contrato.*
- c. *Costos indirectos. Corresponden a aquellos gastos que tienen la organización del consultor para poder ofrecer la disponibilidad de su servicio.*
- d. *Utilidad. Es el beneficio económico que recibe el consultor por ejecutar el contrato*

El costo total del estudio debe incluir sueldos, salarios, prestaciones sociales, costos indirectos, honorarios, horas extras, viáticos, otros costos directos, subcontratos (si hay lugar), asesorías, imprevistos y reajustes, impuestos, IVA del 14 /, utilidad, administración y en general todo costo en que incurra el consultor para la elaboración del estudio. Los pagos se harán de la siguiente manera: El treinta por ciento 30 / del costo del contrato como primer desembolso. El cincuenta por ciento 50 / del costo del contrato, diferido en partes iguales durante el tiempo de ejecución de los estudios antes de la presentación del informe final preliminar. El veinte por ciento 20 / una vez corregido y aprobado el informe final por parte de la interventoría y del FONADE.

7.1.3 A propósito de la normatividad aplicable (copia auténtica, f. 12, c. 3), se dispuso:

Terminación, modificación e interpretación unilaterales. El contrato que se suscriba como resultado de este concurso de méritos, se regirá por los principios de terminación, modificación e interpretación unilateral por parte del FONADE, conforme con las disposiciones de la Ley 80 de 1993.

7.1.4 Acerca de los impuestos (copia auténtica, f. 12, c. 3), se precisó:

Impuestos. El consultor pagará todos los impuestos, tasas y similares que se deriven de la ejecución del contrato. Para dar cumplimiento a las normas consagradas en la Ley 6 de 1992 y sus decretos reglamentarios, los proponentes tendrán la obligación de incluir dentro del valor de sus ofertas, el monto correspondiente al impuesto al Valor Agregado I.V.A., de conformidad con la tarifa fijada en las normas legales vigentes.

7.2 El Gerente de Fonade expidió la resolución n.º 403 del 18 de septiembre de 1995 (copia auténtica, f. 48–52, c. 3) por medio de la cual resolvió:

ARTÍCULO PRIMERO: Adjudicar el Concurso Público de Méritos n.º 003 - 95 para la realización de los estudios de carreteras y las interventorías grupo I y grupo II, como resultado del orden de elegibilidad determinado por el Comité Técnico Evaluador y las actas de calificación de fecha Septiembre 8 de 1995, así: ... Consorcio Hidroconsulta LTDA.–Inargos LTDA. Ingenieros: ESTUDIOS DE REHABILITACIÓN Y CONSTRUCCIÓN EN PROYECTOS DE CONCESIÓN DE LA CARRETERA SAN GIL – BUCARAMANGA – SAN ALBERTO, BUCARAMANGA – BARRANCABERMEJA.

7.3 El 4 de octubre de 1995, se celebró el “CONTRATO DE CONSULTORIA No. 584”, entre FONADE y el consorcio HIDROCONSULTA LTDA. – INARGOS LTDA., (copia auténtica, f. 53–56, c.3), dentro del cual se comprendía lo siguiente:

7.3.1 A título de consideraciones, se indicó, entre otras cosas que “*el compromiso contractual asumido mediante el presente documento se cancelará con cargo a los recursos del convenio interadministrativo n.º 190049 suscrito entre FONADE – INV, según disponibilidad presupuestal n.º 326 de 1995, expedida por la Oficina de Presupuesto de FONADE ... Que el presente contrato se regirá por los principios y procedimientos de terminación, modificación e interpretación unilaterales estipulado en los artículo 15, 16, 17 de la Ley 80 de 1993*”.

7.3.2., Dentro de las cláusulas conviene transcribir:

PRIMERA: OBJETO: El CONTRATISTA se compromete a realizar los ESTUDIOS DE REHABILITACIÓN Y CONSTRUCCIÓN EN PROYECTOS DE CONCESIÓN DE LAS CARRETERAS: SAN GIL–BUCARAMANGA–SAN ALBERTO, BUCARAMANGA–BARRANCABERMEJA. El alcance específico está contenido en la propuesta presentada por el contratista para el concurso público de méritos No. 003 - 95 y los términos de referencia, documentos que se adjuntan y forman parte integral del contrato.

TERCERA: VALOR: El valor del presente contrato es por la suma de SEISCIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS (\$620'000.000,00) moneda corriente, como suma global fija, incluido el IVA y reajustes.

CUARTA: FORMA DE PAGO: FONADE cancelará el valor de que trata la cláusula anterior así: a) El 30 / del valor total del contrato como anticipo; b) El 50 / del valor total del contrato se diferirá durante la ejecución del contrato y distribuirá en pagos iguales cada dos (2) meses; c) el 20 / restante, una vez corregido el informe final por el contratista aprobado por el Interventor y FONADE como informe definitivo. Todos los pagos estarán sujetos a las apropiaciones presupuestales del FONADE en cumplimiento del convenio No. 190049. PARÁGRAFO: FONADE cancelará al CONTRATISTA los pagos b) y c), previa aprobación de los respectivos informes y presentación de la solicitud de desembolso refrendada por el Interventor, en los formatos que FONADE suministra.

QUINTA: PLAZO: El presente contrato deberá ejecutarse en un término de seis (6) meses contados a partir de la aprobación de la garantía de que trata la cláusula décima tercera.

SEXTA: SUSPENSIÓN TEMPORAL: De común acuerdo entre FONADE y el CONTRATISTA se podrá suspender la ejecución del contrato, mediante suscripción de acta, sin que para efectos del plazo extintivo del contrato se compute el tiempo de suspensión.

OCTAVA: COSTOS IMPUTABLES AL VALOR DEL CONTRATO: Dentro del valor estipulado en el presente contrato, está incluida la totalidad de los costos que demande la preparación y ejecución de los estudios y demás actividades necesarias para el cumplimiento del objeto y por lo tanto si el CONTRATISTA excede el valor pactado éste será de su cuenta.

7.4 El 30 de octubre de 1995, se suscribió por parte de la entidad y del contratista el "ACTA DE INICIACIÓN DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA n.º. 584" (copia auténtica, f. 57, c.3), a través de la cual se hizo constar que a partir de la fecha "comenzó el contrato de la referencia, en los términos, plazo, precio y condiciones fijados en él para la realización del siguiente estudio: SAN GIL-BUCARAMANGA-SAN ALBERTO; BUCARAMANGA-BARRANCABERMEJA".

7.5 El 1 de febrero de 1996, el Ministerio de Transporte expidió la Resolución n.º 555 "por la cual se establecen los topes máximos para sueldos y demás gastos que se pueden pagar en los contratos de consultoría, por el sistema de costos directos más sueldos afectados por un multiplicador, y se deroga la Resolución n.º 8181 del 30 de noviembre de 1995" (copia auténtica, f. 148-154, c.3).

7.6 El 27 de marzo de 1996, se suscribió por parte de la entidad y del contratista el "ACTA DE SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES CONTRATO DE CONSULTORÍA n.º 584" (copia auténtica, f. 58, c.3), a través de la cual se acordó "suspender el estudio del Contrato de Consultoría No. 584 por el término de treinta (30) días hábiles, contados a partir del veintisiete (27) de marzo de 1996, debido a que se requiere por parte del Instituto Nacional de Vías el alcance de las actividades principales del estudio".

7.7 El 10 de mayo de 1996, se suscribió por parte de la entidad y del contratista el "ACTA DE SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES CONTRATO DE CONSULTORÍA NO. 584" (copia auténtica, f. 59, c.3), a través de la cual se acordó "prorrogar la suspensión del Contrato de Consultoría No. 584 hasta el 30 de mayo de 1996 debido a que el alcance de las actividades principales del estudio no han sido definidas en su totalidad".

7.8 El 28 de mayo de 1996, se suscribió la "ADICIÓN No. 01 AL CONTRATO DE CONSULTORIA No. 584", entre FONADE y el consorcio HIDROCONSULTA LTDA.-INARGOS LTDA., (copia auténtica, f. 60-61, c.3). En la parte considerativa se expresó: "que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS solicitó la ampliación del valor en \$316'200.000, según oficio No. OC - 9467 del 18 de abril de 1996. La petición anterior es con el propósito de complementar el alcance del estudio hasta nivel definitivo de diseño (FASE III)". Habida consideración de lo anterior, en el clausulado las partes dispusieron: "PRIMERA: VALOR: Se adiciona el valor establecido en la cláusula tercera del contrato n.º 584 en la suma de TRESCIENTOS DIECISEIS MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS (\$316'200.000)". "SEXTA: VALIDEZ DE LAS DEMAS ESTIPULACIONES: Las demás estipulaciones contenidas en el contrato de consultoría n.º 584, que no contravengan lo establecido en los Decreto 2168 de 1992, 1260 de 1993 y la Ley 80 de 1993 y en el presente contrato adicional, continuarán vigentes".

7.9 El 17 de junio de 1996, se suscribió por parte de la entidad y del contratista el "ACTA DE REINICIACIÓN DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 584 - ADICIONAL 01 - 96" (copia auténtica, f. 62, c.3), a través de la cual se hizo constar que en la fecha "se reiniciaron las labores en los términos, plazo, precio y condiciones fijadas en el adicional 01 - 96 del contrato de la referencia 'Estudios

definitivos a nivel fase III de las carreteras San Gil–Bucaramanga–San Alberto; Bucaramanga–Barrancabermeja’ ”.

7.10 El 24 de junio de 1996, se suscribió la “ADICIÓN No. 02 AL CONTRATO DE CONSULTORIA No. 584”, entre FONADE y el consorcio HIDROCONSULTA LTDA.–INARGOS LTDA., (copia auténtica, f. 63–64, c.3), a través del cual se dispuso: “PRIMERA: PLAZO: Se prorroga el plazo señalado en la cláusula quinta del contrato n.º 584 por cuatro (4) meses, contados a partir del 3 de julio de 1996 hasta el 3 de noviembre de 1996”.

7.11 El acta de liquidación del contrato fue suscrita únicamente por parte del representante legal del interventor el 18 de diciembre de 1997, en la cual se indica que el valor pagado al contratista por concepto del contrato inicial asciende a \$620 000 000 y el correspondiente al contrato adicional n.º 01 a \$316 000 000. En el reverso del folio correspondiente, el señor Pablo Dreyer Bragado suscribió una anotación del siguiente tenor:

El suscrito Representante Legal del Consorcio HIDROCONSULTA LTDA. – INARGOS LTDA., deja constancia que la presente Acta no contempla la reclamación por desequilibrio financiero efectuada a FONADE como consta en los oficios 145.01/0534 del 18 de diciembre de 1996, 145.01/0634 del 2 de abril de 1997, 145.01/0676 del 19 de junio de 1997 y 145.01/0678 del 8 de julio de 1997 y a la solicitud de conciliación prejudicial ante el honorable Procurador Judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca n° 97 - 185. En consecuencia, en la firma de la presente Acta, el consorcio por mí representado se reserva el derecho de reclamar judicial o extrajudicialmente, por los conceptos a que se refiere la reclamación a que se hace referencia anteriormente.

III. Problema jurídico

8 La Sala dirigirá el análisis a determinar lo siguiente: ¿en razón a las suspensiones del término de ejecución del contrato, tuvo lugar en el caso concreto un evento de desequilibrio económico del contrato que diera lugar a proferir una condena en contra de la entidad?

IV. Análisis de la Sala

9 En primer lugar, es indispensable establecer que los contratos celebrados por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE en el año 1995 se encontraban sujetos al derecho civil y comercial, puesto que el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 prescribía claramente que “... los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”. En tal sentido, el Acuerdo n.º 15 de la Junta Directiva de la entidad, del 6 de abril de 1994, “por el cual se establece el Manual de Contratación del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE”, dispuso bajo el título “2. Marco legal para la contratación”, que “como regla general los contratos que celebre FONADE dentro del giro ordinario de sus negocios no estarán sujetos a las disposiciones de la ley 80 de 1993”. Solo a partir de la

entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007¹, en enero del año 2008, y por orden expresa de su artículo 26², empezó a aplicarse el régimen de contratación estatal a los contratos de la entidad.

9.1 En ese orden de ideas, los artículos de la Ley 80 de 1993 que inequívocamente consagran la obligación de restablecer el equilibrio económico o financiero del contrato³ no son aplicables al asunto *sub judice* y, por lo tanto, la fundamentación de la sentencia impugnada en los artículos 4 (numeral 9), 5 (numeral 1) y 27 de la Ley 80 no guarda correspondencia con la legalidad. Si bien es cierto que en el contrato y en la adición se hace referencia a la Ley 80, sólo se la invoca para efectos de las facultades extraordinarias de “terminación,

¹ “Artículo 33.- Vigencia. La presente ley empieza a regir seis (6) meses después de su promulgación, con excepción del artículo 6° que entrará a regir a los dieciocho meses de su promulgación.” La ley se insertó en el Diario Oficial n.º 46.491 el 16 de julio de 2007, luego entró en vigencia el 16 de enero de 2008.

² “Artículo 26 .- Del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, FONADE se regirá por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contenido en la Ley 80 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, deroguen o adicionen”.

³ “Artículo 4. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: ... 3. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato ... 8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios ... 9. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para preaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse”.

“Artículo 5. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3 de esta ley, los contratistas: 1. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

“Artículo 14.- Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse 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 (...).”

“Artículo 25.- En virtud de este principio [economía]: ... 14 Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados”.

“Artículo 27.- En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derecho 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. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos o pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

modificación e interpretación unilaterales estipulados en los artículos 15, 16, 17⁴ y en el asunto sub judice tales facultades no fueron ejercidas, en tanto que la adición que se hizo del objeto del contrato tuvo como fuente el acuerdo alcanzado por las partes sobre el particular y no las normas referidas.

9.2 No obstante, habida consideración de que los actores invocan dentro de la demanda a título de argumentos jurídicos los principios generales del derecho, se debe establecer cuáles serían las fuentes jurídicas que posibilitarían el reconocimiento de un eventual desequilibrio económico o alteración de la ecuación financiera del contrato por fuera de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

10 Para iniciar la búsqueda, ha de considerarse que la alteración de la “base del negocio” o “base del contrato” es la forma como se ha planteado dentro de la doctrina del derecho privado el problema que convoca la atención de la Sala. El término fue acuñado por la doctrina alemana con posterioridad a la primera guerra mundial, en atención a las diferencias que se presentaban en la ejecución de contratos de tracto sucesivo cuando tenían lugar diferentes situaciones, que si bien no imposibilitaban el cumplimiento de las prestaciones en la forma en que lo hace la ocurrencia de un evento de fuerza mayor, lo volvían excesivamente oneroso. El autor Karl Larenz refiere el concepto en los siguientes términos:

La expresión “base del negocio” puede ser entendida, y así lo ha sido, en un doble sentido. En primer lugar, como la base “subjetiva” de la determinación de la voluntad de una o ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la base “objetiva” del contrato (en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato –sépanlo o no los contratantes– ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría “sentido, fin u objeto.”⁵

⁴ “Artículo 15.- Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia”.

“Artículo 16.- 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. Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo”.

“Artículo 17.- La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos: 1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. 2. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista. 3. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista. 4. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. Sin embargo en los casos a que se refieren los numerales 2 y 3 de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación. La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio”.

⁵ K LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 37.

10.1 El Código de Comercio asume en su integridad la denominación referida de “base del contrato”, siguiendo la influencia del Código Civil italiano de 1942⁶, al consagrar:

Artículo 868. - Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.

10.2 La norma ha sido objeto de precisión por parte de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual, en pronunciamiento reciente del 21 de febrero del año en curso⁷, de conformidad con decisiones antecedentes y una vez analizada la figura dentro del derecho comparado, concluyó que la teoría de la imprevisión tenía aplicación en Colombia, de acuerdo con los siguientes conceptos:

... la revisión del contrato ex artículo 868 del Código de Comercio, es el medio dispensado por el legislador al desequilibrio económico adquirido o lesión sobrevenida (laesio superveniens) por circunstancias posteriores, (distantia temporis) después de su celebración, durante su ejecución y antes de su terminación (qui habent tractum successivum) ... Las circunstancias sobrevenidas al contrato, a más de extraordinarias, han de ser imprevistas e imprevisibles, y extrañas a la parte afectada. Extraordinarias, son aquellas cuya ocurrencia probable está fuera de lo ordinario, normal, natural, común, usual, lógico, habitual, corriente, frecuencia o periodicidad, atendido el marco fáctico del suceso, sus antecedentes, el estado actual de la ciencia, y la situación concreta según las reglas de experiencia. Imprevisible, es todo evento que en forma abstracta, objetiva y razonable no puede preverse con relativa aptitud o capacidad de previsión, “que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad... Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque prever lo que es excepcional” (cas. civ. sentencia de 27 de septiembre de 1945, LIX, 443), o según los criterios generalmente admitidos, poco probable, raro, remoto, repentino, inopinado, sorpresivo, súbito, incierto, anormal e infrecuente, sin admitirse directriz absoluta, por corresponder al prudente examen del juzgador en cada caso particular (cas. civ. sentencias de 5 de julio de 1935; 26 de mayo de 1936; 27 de noviembre de 1942; 20 de noviembre de 1989; 31 de mayo de 1995; 20 de junio de 2000, exp. 5475). Imprevisto, es el acontecimiento singular no previsto ex ante, previa, antelada o anticipadamente por el sujeto en su situación, profesión u oficio, conocimiento, experiencia, diligencia o cuidado razonable.

⁶ “Artículo 1467.- En los contratos de ejecución continuada o periódica o bien de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se ha vuelto excesivamente onerosa por la verificación de sucesos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe tal prestación puede demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el artículo 1458. La resolución no puede ser demandada si la onerosidad sobrevenida entra en el alea normal del contrato. La parte contra la cual se demanda la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato”.

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de febrero de 2012, expediente n.º 11001-3103-040-2006-00537-01, M.P. William Namén Vargas

Lo extraordinario u ordinario, previsible e imprevisible, previsto e imprevisto, no obedece a un criterio absoluto, rígido e inflexible sino relativo, y está deferido a la ponderada apreciación del juzgador en cada caso según la situación específica, el marco fáctico de circunstancias, el estado del conocimiento, el progreso, el deber de cuidado exigible y la experiencia decantada de la vida. La ajenidad de los hechos sobrevenidos al deudor es necesaria en la imprevisión, en tanto extraños a su órbita, esfera o círculo de riesgo, conducta, comportamiento, acción u omisión, hecho o acto, que no las haya causado, motivado, agravado, incurrido en dolo o culpa u omitido medidas idóneas para evitarlos o atenuar sus efectos, siéndole exigible y pudiendo hacerlo. Los eventos pueden originarse en la otra parte, nunca en la afectada, pues al serle imputable jamás podrá invocar su propio acto. Y lo que se dice de la parte comprende el hecho de las personas por quienes responde legal o contractualmente.

10.3 En el mismo pronunciamiento, la Corte Suprema indica que solo será procedente el ejercicio de la acción cuando quiera que las prestaciones no se hayan cumplido, puesto que en el supuesto caso de que el deudor, no obstante la verificación de las circunstancias que tipifiquen un evento como imprevisión, se allane a lo dispuesto en el título contractual correspondiente, estaría terminando el vínculo obligatorio correspondiente y no habría situación futura respecto de la cual aplicar el artículo 868 del Código de Comercio. Indica la jurisprudencia en cita:

... Bien se advierte del factum normativo, que la revisión versa sobre "la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes", esto es, no cumplida ni extinguida. La vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones ineludibles ... La revisión por imprevisión, es inadmisibles si la prestación, no obstante la excesiva onerosidad se cumplió, lo cual salvo protesta, reserva o acto contrario, denota aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada. Aún, satisfecha con reserva o protesta, al extinguirse definitivamente, clara es su improcedencia, por versar sobre la prestación cuyo cumplimiento posterior sobreviene oneroso en exceso, y predicarse de la relación vigente ad futurum. Empero, por cuanto la imprevisión supone tanto el vigor del contrato como de la prestación de cumplimiento futuro, y no faculta a la parte afectada para incumplir la obligación, ni encarna elemento extraño o causa de imposibilidad obligatoria, en oportunidades, la revisión para corregir el desequilibrio, o en su caso, terminar el contrato, se frustra ante el cumplimiento o la terminación del contrato, en tanto obligada la parte a cumplir, el cumplimiento extingue la prestación, y extinguida por sustracción de materia, resulta entonces impertinente la revisión bajo la regla consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, juzga la Sala que reclamada la revisión antes y hecho reserva expresa la parte afectada al instante de cumplir la prestación excesiva o desequilibrada, no debe soportarla y tiene derecho a obtener el reajuste, desde luego, no a través de la imprevisión, sino de las otras vías consagradas por el ordenamiento jurídico, pues lo contrario equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta, inequitativa y lesiva de la justicia contractual.

10.4 En el caso concreto, de acuerdo con lo expuesto en el libelo introductorio⁸, los demandantes afirman que cumplieron con las obligaciones que se les

⁸ En la demanda, se afirma por parte de los actores: "3.7 La ejecución de los estudios según las necesidades de la entidad contratante. 1. El consorcio desarrolló el estudio que requería el Estado, consciente de que su obligación contractual era colaborar con la entidad contratante al logro de sus fines como lo dispone el

impusieron –lo que constituye una confesión en los términos del artículo 195 del Código de Procedimiento Civil⁹–, aun cuando para ello tuvieron que afrontar el agravio económico que les significó. En razón a lo anterior, la Sala concluye que sería improcedente la reclamación con fundamento en la teoría de la imprevisión comprendida en el artículo 868 del Código de Comercio.

11 Las entidades estatales, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, están llamadas a responder pecuniariamente mediante una condena proferida por la autoridad judicial correspondiente, en términos generales, cuando quiera que en desarrollo de un contrato debidamente celebrado: (i) incumplan con las obligaciones contractuales que emergen de la autonomía de las partes, expresadas en el texto contractual o en todos los documentos que hacen parte integrante del contrato, tanto previos (pliego de condiciones, adendos), concomitantes (anexos), o posteriores (adiciones); (ii) incumplan con las obligaciones contractuales que surgen de las normas imperativas; (iii) o de las normas dispositivas o supletorias, salvo que se haya dispuesto en contra de ellas de manera expresa en el texto contractual o en los documentos que hacen parte integrante del contrato; (iv) incumplan con las obligaciones que se derivan de la buena fe, la costumbre y la equidad; (v) ejerzan irregularmente las facultades exorbitantes de interpretarlo, modificarlo, terminarlo o caducarlo; (vi) impongan multas o hagan efectivas cláusulas penales pecuniarias por fuera de los supuestos fácticos o de las normas que lo permiten; (vii) incumplan la obligación de reparar la ecuación financiera y restablecer el equilibrio económico del contrato como consecuencia de las alteraciones que ocurran por la modificación del contrato (*ius variandi*), el hecho del príncipe o la teoría de la imprevisión.

12 En materia de los contratos sometidos al régimen de contratación estatal, se ha restablecido la economía del contrato o la ecuación financiera con base en la teoría de la imprevisión, de conformidad con la siguiente fundamentación: *“el mantenimiento de esas condiciones de ejecución dictadas desde el perfeccionamiento del negocio jurídico, en un momento dado puede resultar especialmente lesivo para una de las partes por la ocurrencia de sucesos imprevistos, posteriores, ajenos a su voluntad y no imputables a incumplimiento del otro contratante, pero que le reportan una mayor onerosidad en el cumplimiento de sus obligaciones, y en consecuencia, se pierde esa equivalencia que se había formado a partir de la celebración del contrato¹⁰”*. Es decir, no se hace referencia alguna a la exigencia de que la prestación afectada por el

artículo 3 de la Ley 80 de 1993, y confiando en obtener la utilidad cuya protección le garantiza el Estado según dicha norma, y que se le reembolsarían los mayores costos en que debió incurrir para que los estudios se hicieran hasta fase III, según la conveniencia de la entidad contratante y por solicitud del Instituto Nacional de Vías”. 3.8. Los mayores costos y el perjuicio causado al consorcio consultor. (...) 3. Todas las circunstancias expuestas, desde la fijación unilateral del precio original del contrato, pasando por las suspensiones de actividades del contrato, la prórroga del tiempo de servicio y las modificaciones introducidas por la entidad contratante al alcance de los estudios para llevarlos a la fase III (estudios definitivos), causaron un agravio económico al consorcio, el cual tuvo que afrontarlo para dar satisfacción a los requerimientos de la contratante”.

⁹ “Artículo 195.- Requisitos de la confesión. La confesión requiere: 1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado. 2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria. 3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba. 4. Que se exprese, consciente y libre. 5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento. 6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicialmente trasladada”.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003, expediente n.º 15119, C. P. Ramiro Saavedra Becerra. En el mismo sentido la Sección se pronunció en otras oportunidades, entre las cuales, se refieren: sentencia del 26 de febrero de 2004, expediente n.º 14043, C. P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 28 de abril de 2010, expediente n.º 17430, C. P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

desequilibrio o el contrato en su totalidad no se haya cumplido, para la procedencia de la aplicación de la teoría de la imprevisión.

13 Ahora bien, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en un caso en el cual se demandaba el reajuste del equilibrio económico de un contrato celebrado por parte de una entidad estatal, que no estaba sometido a la Ley 80 de 1993, explicó los rasgos generales de la figura de la imprevisión en el derecho privado, aun cuando no se ocupó –en tanto que el caso no lo requería– de los efectos que tenía sobre la procedencia de la reclamación, la circunstancia de que el contrato se hubiera cumplido. Así:

... en el derecho privado, por regla general, la voluntad libremente expresada comporta que ante posibles desequilibrios en el valor real de las prestaciones, tanto al tiempo de celebrarse el contrato como en los momentos subsiguientes a su nacimiento, se esté en todo caso a lo convenido; es decir, los riesgos y vicisitudes del negocio, en principio, son asumidos por las partes en los términos inicialmente previstos porque el contrato es ley para ellas, situación que sólo puede ser variada o modificada por un nuevo acuerdo entre las mismas, o en aquellos casos en que expresamente el derecho común lo autorice o se determine la necesidad de la intervención estatal. Por ejemplo, para sancionar vicios de la voluntad (error, fuerza, dolo) o situaciones irregulares objetivas (lesión enorme), o para evitar abusos de las condiciones de superioridad de una de las partes o hacer prevalecer intereses de la economía general (regulación oficial de precios de ciertos bienes y servicios), o excepcionalmente por hechos imprevistos e irresistibles que tornen en forma grave y onerosa el cumplimiento del contrato (teoría de la imprevisión, art. 868 C. Co.). ... En el caso concreto, la controversia que se suscita con ocasión al citado contrato de comercialización, ya se señaló, se dirime por las reglas del derecho privado y por tal motivo los principios, los efectos, la interpretación, los modos de extinguirse, anularse o rescindirse, son los previstos en las normas civiles y mercantiles, de acuerdo con las cuales rige, en forma estricta, el axioma de que el contrato es ley para las partes (art. 1602 C.C.), de manera que en cuanto a sus efectos debe estarse a lo pactado en el acuerdo, lo que excluye, la aplicación de las normas de la contratación estatal sobre las cuales se ha desarrollado la teoría del equilibrio económico del contrato. No obstante, una de las excepciones en las que se puede aplicar el principio rebus sic stantibus en el derecho privado, como se anotó, es la denominada teoría de la imprevisión consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio ... la teoría de la imprevisión procede cuando la ejecución de un contrato conmutativo se torna excesivamente onerosa para una de las partes, en razón a hechos sobrevinientes, extraordinarios e imprevisibles a su celebración, de forma que se autoriza su revisión por parte del juez, con el objeto de reajustar el contrato¹¹.

14 Cabe entonces preguntarse si en un contrato celebrado por una entidad estatal, que tiene como propósito la realización de estudios de rehabilitación y construcción de obras públicas, en el cual el contratista cumplió las obligaciones a las cuales estaba sujeto no obstante alegar que constituían un evento de desequilibrio económico, cabría la declaratoria de responsabilidad del Estado y la condena consecuencial.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2011, expediente n.º 15476, C.P. Ruth Stella Correa.

14.1 La Sala considera que por fuera de las normas incorporadas en la Ley 80 de 1993 y del artículo 868 del Código de Procedimiento Civil, existe suficiente soporte normativo para concluir que un contrato celebrado por parte de una entidad estatal, que no está sujeto a la Ley 80 de 1993 y que tiene como propósito la realización de estudios para la rehabilitación y construcción de obras de infraestructura, es susceptible de análisis judicial y de condena en contra de la entidad, frente a la demanda presentada por el contratista para obtener el restablecimiento del equilibrio, una vez probados debidamente los supuestos de hecho correspondientes.

14.2 Dentro del ordenamiento jurídico civil colombiano se señalan como fundamentos de la obligación de reconocer la compensación correspondiente al contratante que haya incurrido en mayores erogaciones para el cumplimiento del contrato, los principios de la conmutatividad de las prestaciones¹² y la buena fe¹³; en particular, una norma relacionada con *“los contratos para la confección de una obra material”*, artículo 2060, describe con mayor detalle lo que sería un antecedente de la figura, al prescribir que *“si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehusa, podrá ocurrir al juez y prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda”*. Desde la perspectiva del derecho comercial, la ejecución del contrato de acuerdo con la buena fe¹⁴, la prohibición del abuso del derecho¹⁵ y del enriquecimiento sin justa causa¹⁶, constituirían los fundamentos normativos correspondientes.

14.3 En cuanto hace referencia a la Constitución Política, es menester escudriñar en sus valores, principios y reglas la posible fuente de obligaciones para que la entidad restaure el equilibrio financiero, pues, tal y como lo ha dispuesto la Sala en ocasiones anteriores, *“la perspectiva constitucional, como lente obligatorio para observar lo jurídico, impone al intérprete administrativo, civil, penal, etc., un rumbo de coherencia hermenéutica inmanente al entendimiento del ordenamiento jurídico como sistema. En tal sentido, la administración de justicia habrá de apreciar el conjunto de disposiciones legales con la extensión y, al mismo tiempo, con la restricción, que las normas constitucionales definen”*¹⁷. La Sala considera que los artículos constitucionales que consagran la buena fe¹⁸, la solidaridad y la prohibición de abuso de los derechos¹⁹ serían la fuente indicada.

¹² Código Civil, *“Artículo 1497.- El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. “Artículo 1498.- El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, y si el equivalente consiste en un contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.”*

¹³ Código Civil, *“Artículo 1603.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenece a ella”*

¹⁴ *“Artículo 871.- Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”*

¹⁵ *“Artículo 830.- El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.”*

¹⁶ *“Artículo 831.- Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.”*

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2007, expediente n.º AP-369, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁸ *“Artículo 83.- Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas”.*

¹⁹ *“Artículo 95.- (...) Son deberes de la persona y del ciudadano. 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios. 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social...”*

14.4 En el mismo sentido, hay quienes consideran que el vínculo obligatorio creado a través de la celebración de un contrato *–pacta sunt servata–*, involucra un elemento natural²⁰, consistente en que el cumplimiento de las prestaciones debe darse por parte del deudor siempre y cuando se mantengan las condiciones que concurrieron a la celebración del contrato *–rebus sic stantibus–*, puesto que de no ser así, deberá adaptarse el contrato a las condiciones posteriores o terminarse. El planteamiento referido, objeto de variadísimas controversias, morigerará los efectos vinculantes de la obligación contractual en función de la naturaleza propia del contrato que se analiza, de la causa que le dio lugar y del propósito que persigue, de las condiciones especiales de las partes y de los elementos exógenos que resultan relevantes, para entender el acuerdo y determinar los efectos. La Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado respecto de la naturaleza del contrato en los siguientes términos:

La naturaleza jurídica de un contrato puede definirse como el cauce sobre el cual transcurre la corriente de las disposiciones contractuales, las cuales tienen como afluentes a las normas jurídicas, la común intención de las partes, la buena fe, la costumbre y la equidad natural. Al nacimiento de esa corriente concurre la causa, en el recorrido de la misma y en su desembocadura están presentes los efectos, y hacen las veces de dique, para impedir su desbordamiento, las normas imperativas. El cauce ha sido construido sobre bases prácticas primero, y dogmáticas después, para, posteriormente, ser consagrado positivamente en diferentes períodos de la evolución jurídica, y moldeado en función de las necesidades materiales de los particulares y del Estado²¹.

14.5 En el caso concreto, la Sala aprecia que no obstante el sometimiento al derecho civil y comercial del contrato en cuestión, la contratación de estudios para rehabilitación y construcción de obras de infraestructura vial claramente involucra el interés general y la utilidad social, no solo en atención a la definición de naturaleza del contrato transcrita, sino también en consideración al derecho positivo nacional que de manera expresa las tipifica en el artículo 58 de la Ley 388 de 1997. Lo anterior posibilita señalar al contratista como un colaborador del Estado que, de acuerdo con las condiciones propias del caso, puede recibir una compensación o indemnización en atención a la pérdida que hubiera experimentado por la modificación de las condiciones inicialmente acordadas.

²⁰ “Artículo 1501.- Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.” Al respecto, R.J. POTHIER en su *Tratado de las Obligaciones*, (trad. S.M.S.) Biblioteca Científica y Literaria, Barcelona, Tomo II, s.d.: “Las cosas que solo son de la naturaleza del contrato, son aquellas que sin ser de la esencia del contrato, forman parte del mismo, bien que las partes contratantes no se hayan convenido sobre dichas cosas, esto es, sobre si quedan comprendidas en el contrato o sobre entendidas, teniendo en cuenta que son de la naturaleza del contrato. Esas cosas ocupan el punto medio entre las cosas que son de la esencia del contrato, y aquellas que son accidentales al contrato, y aquellas que difieren unas y otras. Difieren de las cosas que son de la esencia del contrato, en que el contrato puede subsistir sin ellas, y en que pueden ser excluidas del contrato, por convenio entre las partes; y difieren de las cosas accidentales al contrato, en que forman parte del contrato sin haber sido expresamente convenidas...”

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de mayo de 2007, expediente n.º AP-369, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

14.6 Así, bajo la cubierta armonizadora de los principios generales del derecho²², en aplicación de la analogía *iuris*²³, la normas referidas darían sustento a que, en el evento en que se acredite un detrimento patrimonial del contratista por alteración de las condiciones y afectación del equilibrio contractual, se analice si de conformidad con las circunstancias especiales del caso habría lugar a la condena respectiva. Cabe advertir que la Sala se abstiene de formular una teoría general de índole subjetiva u objetiva que indique en cuáles supuestos de hecho habrían de responder las entidades estatales en este tipo de asuntos, pues considera que tal planteamiento sería altamente inconveniente en tanto que solo lo que emerge del caso concreto, en su individualidad y en función de los principios y reglas expuestos, indicará al juez, de conformidad con la independencia y autonomía que le es propia, cuándo debe proceder a restablecer el equilibrio financiero del contrato por fuera de las prescripciones de la Ley 80 de 1993 y del artículo 868 del Código de Comercio.

15 En el asunto *sub judice*, resulta indispensable analizar si las pruebas aportadas dan fe acerca de un desequilibrio que posibilite el análisis jurídico posterior.

15.1 En relación con la certificación expedida por el contador público Maximiliano Pulido (original, f. 92–93, c.1), a través de la cual indica que el total de los “costos y gastos” en los que incurrió el contratista ascendió a \$914 694 396,46, y que “no incluyen costos de administración ni utilidades”, la Sala observa que no hay en el documento referido, ni en ninguno otro que obre en el expediente, explicación alguna de las razones por las cuales no se relaciona el supuesto valor de los costos de administración y de las utilidades, ni menos aún se da aproximación de carácter alguno para concluir a qué suma ascenderían tales conceptos, ni cómo habrían de calcularse sobre una base objetiva y cierta.

15.2 No obstante lo anterior, la suma de \$914 694 396,46 fue tomada como base por parte de Carlos Emilio Torres Arias y Rafael Silva Valenzuela, quienes rindieron el segundo peritaje (f. 1–19, c.4), para concluir hasta cuánto ascendía el mayor valor que había debido asumir el contratista, sumando para tal efecto el valor de los honorarios y del IVA, así:

| | |
|--|----------------------------|
| “Costos directos e indirectos contabilizados | 914'694.396,46 |
| Honorarios | 118'782.584,75 |
| SUBTOTAL | 1.033'476.981,21 |
| IVA 14 / | 144'686.777,37 |
| Valor total de los estudios | \$1.178'163.758,58” |

15.2.1 Al respecto, en contra de lo que concluyen los peritos, se advierte que los diferentes documentos que integran la relación contractual entre la entidad y el contratista, de manera inequívoca, disponen que los valores que debían corresponder a los honorarios a favor del contratista, su utilidad y el IVA que él habría de pagar, se incorporaban dentro de la suma total de las cifras por la cual

²² Ley 153 de 1887: “Artículo 8.- Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.”

²³ La Corte Constitucional, C-083-95, M.P. Carlos Gaviria Díaz, define la analogía *iuris* como aquella en la cual “a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.”

se celebró el contrato originario (\$620 000 000) y por la cual se hizo el contrato adicional (\$316 200 000), esto es, \$936 200 000.

15.2.2. En tal sentido, en los términos de referencia del contrato se afirmaba que el costo total, que ascendía de acuerdo con la expresión literal e inequívoca del documento a \$620 000 000, incorporaba todos los elementos, puesto que: “*el costo total del estudio debe incluir sueldos, salarios, prestaciones sociales, costos indirectos, honorarios, horas extras, viáticos, otros costos directos, subcontratos (si hay lugar), asesorías, imprevistos y reajustes, impuestos, IVA del 14 /, utilidad, administración y en general todo costo en que incurra el consultor para la elaboración del estudio*” –párrafo 7.1.2–; es decir, desde el inicio del proceso de contratación estaba claramente establecido el valor total del contrato, y que los honorarios, la utilidad y el IVA del 14 / se entendían incorporados dentro de esa suma. En otro aparte del pliego se expresaba: “*Impuestos. El consultor pagará todos los impuestos, tasas y similares que se deriven de la ejecución del contrato. Para dar cumplimiento a las normas consagradas en la Ley 6 de 1992 y sus decretos reglamentarios, los proponentes tendrán la obligación de incluir dentro del valor de sus ofertas, el monto correspondiente al impuesto al Valor Agregado I.V.A., de conformidad con la tarifa fijada en las normas legales vigentes* –párrafo 7.1.4–.

15.2.3 Debe recordarse que de conformidad con la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Sala, los pliegos de condiciones o términos de referencia constituyen un límite de la mayor importancia para definir las obligaciones y derechos de las partes. Con referencia especial al caso concreto, comprenden los parámetros que establecieron las partes de lo que sería el valor del contrato para determinar si hubo o no un desequilibrio contractual:

El pliego de condiciones, los términos de referencia o las bases de la contratación directa, según el caso, constituyen los documentos en los cuales se encuentran contenidas tanto las condiciones para que los proponentes formulen sus ofertas, como aquellas reglas bajo las cuales se ejecutará el contrato. Es por esto que el pliego de condiciones - incluyendo sus adendas, cuando ellas son procedentes - , con sujeción al cual deben formularse las ofertas y realizarse la adjudicación, se erige en la ley del contrato, del cual, en rigor, aquel forma parte integral e inescindible, cuestión que pone en evidencia que dicho contrato se encuentra condicionado y permeado plenamente por el procedimiento administrativo previo que determinó su celebración y, especialmente, por las bases de la licitación o del concurso que le dieron origen, bases y condiciones que no se podrán desconocer, modificar o variar, sino acaso complementar para una mayor claridad y precisión del alcance del contrato y de los derechos y obligaciones de las partes. En este contexto, resulta indudable que el respectivo pliego de condiciones forma parte integrante del contrato mismo que finalmente celebran y ejecutan las partes contratantes... En efecto, el pliego de condiciones tiene una doble e importante finalidad: de una parte constituye el fundamento de la oferta presentada por el contratista, quien debe acogerse estrictamente a sus reglas para proponer los costos del proyecto, los plazos de su ejecución, pero también, como resulta obvio, para calcular su utilidad o remuneración que, en últimas constituye el móvil que lo lleva a contratar y, de otra, en él se encuentran inmersas las condiciones de la futura contratación, toda vez que muchas de sus precisiones y previsiones se convierten en verdaderas cláusulas contractuales, las cuales permiten determinar los aspectos que llevaron a las partes a formalizar el acuerdo de voluntades y, sobre todo, han de ser útiles al momento de establecer el alcance de sus

obligaciones o prestaciones, incluyendo los aspectos de índole técnico, económico y financiero. Así las cosas, tanto el pliego de condiciones como la propuesta del contratista constituyen documentos esenciales e indispensables para establecer en qué términos quedó pactada la ecuación económica contractual, es decir, en qué condiciones y alcances se pactó la equivalencia entre derechos y obligaciones de las partes, pues sólo a partir de su conocimiento es posible determinar si durante su ejecución la economía del contrato sufrió variaciones, como consecuencia de la modificación de sus presupuestos y de esta manera acudir a su restablecimiento²⁴.

15.2.4 Como reflejo de los términos de referencia, el texto contractual indicaba: *“TERCERA: VALOR: El valor del presente contrato es por la suma de SEISCIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS (\$620'000.000,00) moneda corriente, como suma global fija, incluido el IVA y reajustes”* –párrafo 7.3.2–. Por su parte, la adición del contrato disponía en su cláusula primera que el valor se adicionaba en \$316 200 000 y en la sexta que las demás estipulaciones contenidas en el contrato continuarían vigentes –párrafo 7.8–.

15.2.5. Lo anterior significa, con base en una interpretación que define la común intención de los contratantes de acuerdo con el entendimiento sistemático de los diferentes documentos en los cuales se exterioriza, que el valor adicionado incorporaba también los honorarios, utilidad e IVA, tal y como se prescribió en los términos de referencia y en el contrato originario. Existe una regla de interpretación de los objetos jurídicos, consagrada en diferentes artículos de nuestro ordenamiento jurídico²⁵, que se denomina interpretación sistemática o coherente, la cual pone de presente la correlación que existe entre las partes constitutivas del discurso, como de cada manifestación del pensamiento, y su referencia común al todo del que hacen parte; correlación y referencia que hacen posible la iluminación recíproca del significado entre el todo y los elementos constitutivos. Constituye un principio evidente de técnica de interpretación textual, que al dirigirse a aclarar el sentido de un texto de índole jurídica, ordena que el significado de sus partes no puede ser segmentado, sino que debe ser atribuido al conjunto de la intención del autor, es decir, que en presencia de una o varias cláusulas, dentro de un contrato; de uno o varios documentos que hace parte integrante de un contrato; de uno o varios artículos, dentro de una ley; de una o varias leyes dentro del ordenamiento jurídico; se debe considerar que hacen parte de un todo y es por medio de la luz de cuanto emerge del conjunto del texto entero, que se determina el sentido jurídico propio del objeto interpretado. Sobre el plano práctico, este criterio se impone como un instrumento útil que, además de

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente n.º 15475, C.P. Mauricio Fajardo

²⁵ En relación con la interpretación de la ley, el Código Civil dispone: *“Art. 30.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”*. A propósito de la interpretación de los contratos, el artículo 1622 del Código Civil establece: *“Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”*. Por su parte, el Código de Procedimiento Civil prescribe: *“Artículo 187.- Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos...”* *“Artículo 250.- Apreciación de los indicios. El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.”* *“Artículo 258.- Indivisibilidad y alcance probatorio del documento. La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible, y comprende aun lo meramente enunciativo siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.”*

contribuir al esclarecimiento del sentido del texto, permite valorar de forma negativa y rechazar las interpretaciones que pretenden aislar una parte del conjunto²⁶.

15.3 De otra parte, en relación con el primer peritaje adelantado por parte de Jaime López Ríos y José Raúl López Ochoa (f. 163–191, c. 3), –la objeción por error grave presentada en el curso de la primera instancia en su contra fue desestimada en la sentencia, sin que se hubiera impugnado esa decisión en el recurso de apelación–, la Sala advierte que no ofrece certeza alguna sobre sus conclusiones, pues dentro del propio texto del dictamen se aprecia que los peritos denuncian que no cuentan con información suficiente para rendirlo, al decir que:

Como PERITOS, auxiliares de la justicia estamos en la OBLIGACIÓN de observar con toda plenitud una norma básica que es: PARA CUANTIFICAR UNA PRESUNTA INDEMNIZACIÓN, DEBEMOS PARTIR DE VALORES Y FECHAS CIERTAS, COMPROBADOS Y ABSOLUTOS, QUE PERMITAN EFECTUAR CÁLCULOS MATEMÁTICOS IRREFUTABLES ... [pero en el caso concreto] no disponemos de bases de fechas, constancias, certificados, alcances monetarios comprobados y absolutos, que nos permitan confrontar sus resultados con los ya obtenidos en la RELIQUIDACIÓN hecha con base en la Resolución n.º 555 de febrero de 1996.

15.3.1 Además de lo anterior, la Sala observa que el reajuste del valor del contrato pedido se realizó con fundamento en la Resolución n.º 555 de febrero de 1996 – párrafo 7.5–, puesto que en el cuerpo del dictamen se lee: “La diferencia entre el valor de los contratos reajustados según Resolución n.º 555 de febrero de 1996 y lo efectivamente cancelado por FONADE, sería: \$1.238'081.313 –936'200.000. DIFERENCIA \$ 303'881.313.

15.3.2 La Sala se aparta de la conclusión del dictamen pericial porque el incremento del cual da cuenta la Resolución n.º 555 fue ordenado el 1 de febrero de 1996 y la adición al contrato se acordó el 28 de mayo de 1996, es decir, los supuestos hechos que dieron lugar al supuesto desequilibrio económico del contrato tuvieron lugar con anterioridad a la celebración del acuerdo de adición del precio, lo cual significa que al momento en que las partes pactaron el valor de \$316 200 000 para la realización de la “fase III”, ya conocían el incremento de las tarifas derivado de la resolución referida y no obstante ello convinieron en ese valor sin reparo alguno. No se presenta en el caso concreto, en relación con las tarifas, evento alguno posterior ni imprevisto que haya afectado el equilibrio del contrato en contra de los intereses del contratista y por tal razón no hay lugar a compensación ni mucho menos indemnización.

16 En conclusión, acerca de los dos peritajes realizados, la Sala concluye que no obra prueba de que haya habido un perjuicio económico cierto en el patrimonio del contratista como consecuencia de la suspensión de los contratos. La jurisprudencia indica que en la medida en que el dictamen pericial sea deficiente y no satisfaga las necesidades del juzgador, no será estimado²⁷:

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de febrero de 2012, expediente n.º 40.124, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2008, expediente No. 16.491, C.P. Ruth Stella Correa: ... de conformidad con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, la peritación como medio de prueba es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El perito debe informarle razonadamente al juez lo que de acuerdo con esos conocimientos especializados sepa de los hechos... Para su eficacia probatoria debe reunir ciertas condiciones de contenido ... que el dictamen esté debidamente

17 Finalmente, a propósito de la condena proferida por el Tribunal *a quo* con base en “los valores cancelados por los integrantes del consorcio a la DIAN por concepto de IVA como recaudadores del impuesto, [los cuales] ascendieron a \$104.494.072.00”, huelga anotar:

17.1. La Sala considera junto con el Ministerio Público, que la sentencia incurrió en un yerro que da lugar a su revocación –tal y como lo pidió la entidad en el escrito de apelación–, puesto que fundamentó el desequilibrio que supuestamente afectó al contratista en tal concepto, a pesar de que dentro del valor total del contrato acordado por las partes se definía que el IVA se entendía incorporado, como ya se explicó ampliamente con anterioridad.

17.2 Además, se advierte que en el libelo introductorio nada se reclamó respecto del IVA y un fallo como el impugnado va en contra del principio de congruencia²⁸. En efecto, la naturaleza jurídica de la pretensión, como manifestación del demandante para que se vincule al demandado mediante una sentencia en determinado sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos²⁹, atribuye al actor la facultad, en ejercicio del principio dispositivo, de dirigir el proceso hacia un fin y de determinar el camino correspondiente; el juez, por su parte, en aplicación, deberá estarse a ese camino, es decir a la *causa petendi* y al *petitum*, para la toma de la decisión final en el proceso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 14 de marzo de 2002, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y DEVUÉLVASE

fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas... El dictamen del perito debe ser claro, preciso y detallado, en él se deben explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones (numeral 6 del artículo 237 ejusdem) ... el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra... En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho, de suerte que permita al juez otorgarle mérito a esta prueba por llegar a la convicción en relación con los hechos objeto de la misma.

²⁸ “Código de Procedimiento Civil, Artículo 305.- Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y con las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas su así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.”

²⁹ H. DEVIS ECHANDÍA, *Nociones Generales del Derecho Procesal Civil*, Aguilar, Madrid, 1966, p. 216.

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO