

EQUILIBRIO ECONOMICO Y FINANCIERO DEL CONTRATO - Origen / ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO DE LA ECUACION ECONOMICA O FINANCIERA DEL CONTRATO - Por la aplicación legítima y lícita de una cláusula excepcional del contrato / EQUILIBRIO DEL CONTRATO - Basado en el principio de justicia conmutativa

[E]l equilibrio económico y financiero del contrato puede tener su génesis u origen en las siguientes: i) Circunstancias imputables o atribuibles a la administración contratante a partir de potestades derivadas del propio contrato. ii) Circunstancias imputables o atribuibles al Estado, en virtud de su imperium. iii) Circunstancias externas y ajenas a los contratantes. iv) Circunstancias imputables o atribuibles a la administración contratante. En estos eventos, el desequilibrio de la ecuación económica o financiera se desencadena del ejercicio de un poder exorbitante o una cláusula excepcional al derecho común por parte de la administración contratante. Se trata de aquellos escenarios en los que –en el ejercicio legítimo y lícito– de una cláusula excepcional el contrato termina impactado en su ecuación financiera, circunstancia por la que es imperativo que se reequilibre, toda vez que el contratista no se encuentra compelido u obligado a soportar ese hecho. El fundamento normativo del equilibrio en este tipo de situaciones, se itera, no se deriva del incumplimiento del contrato (dolo o culpa), sino que, por el contrario, ese basamento se halla en el principio de justicia conmutativa. (...) la correspondencia o equivalencia objetiva que se presenta en las prestaciones en los contratos conmutativos –como lo es el contrato estatal– puede verse afectada por hechos imputables a la administración contratante, sin que esa circunstancia conlleve la configuración de una responsabilidad contractual del Estado, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política. (...) si bien los contratos –incluidos los contratos estatales– parten de la aplicación del principio pacta sunt servada, según el cual lo pactado es obligatorio, lo cierto es que la propia ley 80 de 1993, marco normativo del contrato estatal, ha sostenido la aplicación implícita o tácita de la máxima del rebus sic stantibus, es decir, “estando así las cosas”, lo que implica que una modificación significativa de las condiciones primigenias del contrato puede generar dos consecuencias jurídicas: i) la imposibilidad de cumplimiento en virtud de una fuerza mayor o caso fortuito y, por lo tanto, la exculpación, o, ii) el desequilibrio financiero o económico del contrato que suponga una revisión del mismo.

DESEQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Derivado de una potestad a cargo de la administración contratante. Consecuencias

[E]n los casos en que el desequilibrio se deriva del ejercicio de una potestad (potestas) a cargo de la administración contratante es imperativo que no sólo se asuma el costo del desequilibrio –en términos de costos y gastos superiores a los proyectados por el contratista– sino que, de igual forma, se garantice la utilidad esperada. En esta categoría se enmarcan entre otros –sin que sea del caso estudiarlos de manera individual por no resultar aplicables al caso concreto– el ius variandi del negocio jurídico, la modificación e interpretación unilateral del contrato.

DESEQUILIBRIO DE LA ECUACION MATEMATICA Y FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL - Causas / DESEQUILIBRIO DE LA ECUACION MATEMATICA Y FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL - Expedición de leyes o actos administrativos de contenido general proferidos por la administración pública en ejercicio del poder público / TEORIA DEL HECHO DEL PRINCIPE - Actos de imperium / TEORIA DE LA IMPREVISION - Acto de imperium proferida por una entidad diferente a la contratante

Otra de las formas en que es posible que la ecuación matemática y financiera de un contrato estatal se vea afectada o alterada, es a través de la expedición de leyes o actos administrativos de contenido general que son proferidos por la administración pública en ejercicio del poder público y, por lo tanto, reflejan actos de imperio (*imperium*) como por ejemplo los impuestos, las tasas o las contribuciones. Y, si bien, podrían ser normas o disposiciones adoptadas por la misma entidad contratante los mismos: i) no están encaminados a modificar un contrato o convenio interadministrativo en particular, y ii) no se profieren con apoyo en el contrato estatal, sino por el contrario, en el orden jurídico. Ahora bien, en el derecho vernáculo la doctrina y jurisprudencia mayoritaria han efectuado una distinción, para señalar que los eventos de desequilibrio generados a partir de un acto de imperio expedido por la entidad contratante son los únicos que se enmarcan dentro de la denominada teoría del hecho del príncipe (*fait du prince*) (tesis *strictu sensu*) y, por consiguiente, son los únicos supuestos en que el restablecimiento de la ecuación financiera no sólo comprende los costos y gastos en que incurrió el contratista, sino, de igual forma, la utilidad esperada. A contrario sensu, si la decisión administrativa que impactó el contrato de manera negativa fue proferida por una entidad estatal distinta a la contratante, será aplicable la teoría de la imprevisión, de conformidad con las consecuencias que de la misma se desprenden (...) supuestos en los que la economía del contrato se altera en virtud de un hecho externo a las partes contratantes. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar sentencia del 30 de enero del 2013, exp. 24020

HECHO DEL PRINCIPE - Como supuesto que produce el desequilibrio económico del contrato estatal. Contenido y alcance

En efecto, sobre el contenido y alcance del hecho del príncipe como supuesto que produce el desequilibrio de un contrato estatal, es importante traer a colación la opinión de Laubadère, para quien existen dos tipos aproximaciones a qué se entiende por "autoridad pública" para efectos de delimitar el hecho del príncipe, una amplia y una restringida. En la primera, el *fait du prince* supone toda intervención de cualquier entidad estatal en ejercicio de poder público, bien que se trate de ramas del mismo o de órganos autónomos e independientes; por el contrario, en la segunda circunscrito el ejercicio de ese poder a la entidad contratante, esto es, la autoridad pública con la cual se celebró el contrato. Esta misma postura ha sido asumida por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, desde la célebre decisión del 30 de marzo de 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, oportunidad en la que se efectuó la diferencia entre el hecho del príncipe (*fait du prince*) y la teoría de la imprevisión (*théorie de l'imprévision*) para efectos de establecer los requisitos, características y consecuencias de cada instrumento jurídico, en relación con la economía del contrato, circunscribiendo la primera a los actos de contenido general y abstracto que profiere la entidad contratante, y que introducen un alea administrativo que incrementa de manera significativa el costo de ejecución del contrato.

TEORIA DE LA IMPREVISION - Circunstancias externas y ajenas a los contratistas / TEORIA DE LA IMPREVISION - Noción. Definición. Concepto / TEORIA DE LA IMPREVISION - Efectos y consecuencias

[E]l sinalagma funcional que se desprende del contrato estatal se puede ver afectado por una última circunstancia, que es ajena y, por lo tanto, externa a las partes contratantes, razón por la que se trata de sucesos, situaciones o decisiones de contenido general y abstracto que son externas a las partes, que se materializan o concretan con posterioridad a la celebración del contrato, y que

alteran de manera significativa, de forma anormal y grave, la economía o ecuación financiera del contrato. Este tipo de escenarios son los que configuran la llamada teoría de la imprevisión, y que, por lo tanto, permite también predicar la ruptura del equilibrio contractual, en virtud de situaciones extrañas al comportamiento de los sujetos contratantes, pero que en virtud de su imprevisibilidad impactan de manera importante la economía del contrato, bien porque su ejecución se torna muy onerosa para el contratista o porque una situación específica pone en desequilibrio manifiesto a la entidad contratante, lo que impide que honre –en los términos originalmente pactados– las obligaciones y prestaciones que se desprenden del contrato. Ahora bien, como lo precisa el reconocido profesor Jean Riveró, requieren de la verificación de tres requisitos o condiciones: i) que los contratistas no hayan podido razonablemente prever los hechos que trastornan la ejecución del contrato, dado su carácter excepcional (guerra, crisis económica grave, etc.), ii) estos hechos deben ser independientes a su voluntad, iii) esas circunstancias deben provocar un trastorno de las condiciones de ejecución del contrato. La desaparición del beneficio de los contratantes, la existencia de un déficit, no son suficientes: hace falta que la gravedad y la persistencia del déficit excedan lo que el cocontratante haya podido y debido razonablemente prever. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la teoría de la imprevisión, su relación con el contrato o negocio jurídico, los fundamentos filosóficos y jurídicos de la figura, efectos y consecuencias, así como la regulación en del derecho comparado, consultar Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Agraria, sentencia de 21 de febrero de 2012, exp. 2066-357 de la Corte Suprema de Justicia

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Diferencias con la ruptura del desequilibrio económico del mismo / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Por circunstancias atribuibles a la administración. Consecuencias basadas en el principio de equidad / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Por circunstancias ajenas a la administración. Consecuencias basadas en el principio de equidad / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO - Aplicación de los principios de equidad y solidaridad

[A] diferencia del incumplimiento del contrato –que permite la resolución del negocio jurídico o el cumplimiento forzoso, con la consecuente indemnización de perjuicios– la ruptura del equilibrio económico permite al juez adoptar cualquiera de las siguientes determinaciones: i) decretar la terminación del contrato en el estado en que se encuentre (casus), u ii) ordenar el restablecimiento de la ecuación financiera o matemática del negocio jurídico, a favor de cualquiera de las dos partes o sujetos contratantes, en proporción que se determinará dependiendo si la situación, hecho o acto que genera ese desequilibrio, para lo cual será determinante establecer si esa ruptura es o no imputable a la entidad contratante o, si por el contrario, deviene de un hecho externo o ajeno a las partes. Si el desequilibrio se produce por cualquiera de las circunstancias (i) o (ii) antes analizadas, esto es, por circunstancias imputables o atribuibles a la administración pública contratante en ejercicio de una cláusula excepcional o exorbitante, o en ejercicio de su imperium, será procedente no sólo equilibrar el contrato en relación con los costos y gastos en que se haya incrementado su ejecución o prestación, sino que también estará obligada a cancelar la utilidad esperada por el contratista. A contrario sensu, si la ruptura o desequilibrio tiene su génesis en un hecho externo, imprevisible y ajeno a las partes, que afecta de manera anormal y grave la ecuación financiera del negocio, las partes contratantes –cualquiera que sea, esto es, administración o contratista– sólo estarán obligadas a llevar al sujeto que padece o sufre el desequilibrio a una situación de no pérdida, es decir, sólo se reconocerán los gastos o costos extras en que haya incurrido el contratista en

virtud del exceso o sobrecosto producido por la circunstancia imprevisible e irresistible, sin que sea posible cancelar la utilidad esperada; por el contrario, si el desequilibrio se presenta a favor de la administración contratante, se reliquidará el valor del contrato, para efectos de que no se haga muy oneroso su cumplimiento. El fundamento nomoarquico de las determinaciones que puede adoptar el juez en este tipo de eventos, no es otro que el principio de equidad, cuyo empleo por la jurisprudencia de la Corporación ha sido amplio, en especial, para garantizar la justicia correctiva y conmutativa que es implícita en el derecho que regula el hecho, el acto y el negocio jurídico. (...) con apoyo en el principio de equidad, establecido en el artículo 230 de la Constitución Política como un criterio auxiliar de la actividad judicial, se puede ordenar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, lo que en últimas quiere significar que el negocio jurídico desde la perspectiva del Estado Social de Derecho no puede ser entendido como un vehículo única y exclusivamente estructurado sobre la filosofía liberal y utilitarista, sino que también tiene desde la perspectiva social y, específicamente, sobre el principio de solidaridad establecido en el artículo 2º de la Carta Política, entendido como una disposición de contenido axiológico (valor constitucional). **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la aplicación del principio de equidad en materia contractual, consultar sentencia del 12 de junio de 2014, exp. 21324

PRINCIPIO DE BUENA FE EN LA CONTRATACION ESTATAL - Subprincipios, reglas y subreglas / CONTRATO ESTATAL Y SUS MODIFICACIONES - Generan efectos vinculantes para las partes o sujetos del mismo / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Renuencia a lo pactado. Vulneración del principio de la buena fe contractual / RENUENCIA A CUMPLIR CON LO PACTADO EN UN CONTRATO ESTATAL - Se atenta contra los actos propios

[D]el principio de buena fe contractual se desprenden una serie de subprincipios, reglas y subreglas que sirven para determinar la hermenéutica del negocio jurídico, así como para efectuar su integración, es decir, que al margen de las estipulaciones literales que están contenidas en el acuerdo negocial, es posible desentrañar el verdadero contenido y alcance de la voluntad emitida por los contratantes en determinadas condiciones de tiempo, modo y lugar (v.gr. el principio de lealtad, la regla del venire contra factum proprium non valet, y el principio de información, entre otras). De modo que, si la intención del demandante consistía en que en virtud de la ampliación del plazo de ejecución contractual se reconociera la existencia de un desequilibrio económico del contrato, al igual que ocurre con el acta de liquidación bilateral era menester que el contratista efectuara las correspondientes salvedades en el respectivo documento, so pena de quedar vinculado por los respectivos efectos que se desprenden del mismo. (...) el contratista, luego de cuatro meses después de haber renunciado expresamente a cualquier tipo de reclamación contra la entidad contratante, presentó el 21 de julio de 1993 (fls. 26 a 36 cdno. ppal.) la solicitud para que se restableciera el equilibrio financiero del contrato, lo cual deviene inadmisibile y censurable desde todo punto de vista porque atenta contra el hecho propio, lo que supone o configura un atentado contra el principio constitucional y legal de buena fe. (...) si el contratista quería sustraerse de los efectos vinculantes del contrato modificatorio (otrosí), era inexorable que se demandara y controvirtiera la existencia, validez u oponibilidad del mismo, lo cual no ocurrió en el caso de marras. (...) es evidente que el contratista renunció expresamente a cualquier reclamación relacionada con la prórroga del contrato, es decir, que la mayor permanencia en la obra –producto de múltiples factores externos e internos según se invoca en la demanda– no podía ser alegada como criterio para el restablecimiento de la ecuación económica del contrato, salvo que se hubieren dejado salvedades en el negocio modificatorio, so pena de quedar cobijado por los

efectos y consecuencias del mismo, esto es, por la cláusula de renuncia de reclamación. (...) al no haberse dejado constancias o salvedades expresas en el contrato adicional que modificó el plazo de ejecución del negocio jurídico, se convalidó toda posible o eventual reclamación que posteriormente pudiera efectuar o elevar la sociedad demandante. En efecto, al haberse suscrito el citado negocio jurídico, con renuncia expresa del contratista a formular cualquier requerimiento, se consolidó cualquier tipo de reclamación previa, puesto que la Sala ha sostenido que en este tipo de eventos, en los que el contrato adicional o modificatorio tiene como causa una discusión relacionada con el reequilibrio del contrato estatal, en caso de que no se consignen de manera clara, expresa y específica las posibles salvedades que tengan cualquiera de las partes respecto al contrato primigenio, quedan ratificadas sin posibilidad de una nueva discusión administrativa o judicial, tal y como ocurre en el caso sub examine. (...) ante la imposibilidad de controvertir y desconocer los efectos del acuerdo contractual modificatorio, la Sala confirmará la decisión apelada, esto es, la que negó las súplicas de la demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ (E)

Bogotá D.C., seis (6) de mayo de dos mil quince (2015).

Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00271-01(31837)

Actor: CONCRETO INGENIEROS CIVILES S.A.

Demandado: EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN E.S.P.

Referencia: ACCION CONTRACTUAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 29 de abril de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se decidió lo siguiente:

“1º. Niéguese las pretensiones de la demanda.

“2º No se condena en costas, conforme al artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.” (fl. 497 cdno. ppal. 2ª instancia).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite procesal en la primera instancia

1.1. En escrito del 17 de febrero de 1995, la sociedad Concreto Ingenieros Civiles S.A. –de ahora en adelante el Concreto, la demandante, o la contratista– mediante apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio de la acción de controversias contractuales contra las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. –de ahora en adelante EPM E.S.P., la demandada o la contratante– con la finalidad de que se acceda a las siguientes pretensiones:

PRIMERO: se declare que las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN incumplió el contrato No. 3/DJ-253/91 y su acta de modificación No. 1 celebrado entre EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN y CONCRETO INGENIEROS CIVILES S.A. (Concreto S.A.), y por el no pago oportuno de los extracostos sufridos por la demandante, relatados en los hechos de la demanda.

SEGUNDO: que como consecuencia de dicho incumplimiento, se declare a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, responsable de los perjuicios (daño emergente y lucro cesante) sufridos por la sociedad demandante conforme a los hechos de la demanda.

TERCERO: que como consecuencia de las anteriores declaraciones, las EMPRESAS PÚBLICAS DE MELLÍN debe pagarle a las Sociedad demandante, en los términos que la sentencia señale, la suma de \$86'937.925, discriminados en la forma señalada en el punto nueve de los hechos de la demanda y cuya cifra total en sus diferentes concepto se describe en los puntos 9.1 a 9.6 y se sintetiza en el punto 9.7 de los hechos de la demanda.

“Este señalamiento cuantitativo se hace como aproximación, pero en ningún momento para limitar la cuantía de las pretensiones de la demanda.

CUARTO: subsidiariamente solicitamos que, en caso de no declararse el incumplimiento del contrato, se declare que las Empresas se enriquecieron sin causa justa y en detrimento de los

intereses económicos de CONCRETO INGENIEROS CIVILES S.A. y por lo tanto, como consecuencia de esta declaración condene a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, a pagarle a CONCRETO S.A. las sumas que resulten probadas como extracostos por los conceptos señalados en los hechos de la demanda y su análisis financiero se resumen en el hecho 9 de la demanda.

“QUINTO: que, además de lo anterior, las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN debe pagar a favor de la sociedad demandante el valor de los ajustes y actualizaciones de orden financiero de las respectivas condenas, desde la fecha en que los pagos debieron hacerse hasta su completa solución, para lo cual se tendrán en cuenta los índices de precios señalados en el artículo 178 del C.C.A., todo con el fin de que se le satisfaga a la sociedad contratista una plena indemnización.

“SEXTO: que las sumas anteriores se cubran al momento de la ejecutoria de la sentencia y causarán intereses de mora a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Bancaria, e indexada de acuerdo con los índices de devaluación, o pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano, certificado por el Banco de la República, hasta el momento en que se realice el pago.” (fls. 108 a 110 cdno. ppal. – mayúsculas, negrillas y subrayado del original).

Como fundamento de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

1.1.1. Entre las partes se celebró el contrato de obra No. 3-DJ-253/91, cuyo objeto consistió en la instalación de diez mil domiciliarias de energía en diferentes sitios del Valle de Aburrá. El valor del contrato ascendió a la suma de \$303'064.200,00, y el plazo inicial fue de 240 días.

1.1.2. Durante la ejecución del contrato se presentaron graves problemas e inconsistencias que produjeron unos mayores costos para la contratista.

1.1.3. Si bien la obra ejecutada fue pagada oportunamente por EPM E.S.P., la contratista no recibió desembolso alguno por la mano de obra, el transporte de personal, el equipo y herramientas, los gastos de administración y la correspondiente utilidad durante la permanencia de tres meses más en la obra, ya que sus costos previstos sólo abarcaban las erogaciones necesarias para ejecutar la obra contratada en el plazo original, lo cual no se pudo cumplir por motivos ajenos y no previsibles por el contratista.

La demandante ejecutó menos de la obra que fue contratada (280 millones contra 303 millones), en un término mayor al pactado –superior en tres meses adicionales– con los consecuentes sobrecostos, aspectos todos imputables a EPM E.S.P.

1.1.4. Debido al racionamiento de energía, de las diez horas disponibles por Concreto –según la oferta presentada– para la ejecución de la obra contratada, sólo pudo contarse con tres horas, esto es, el 33% del tiempo correspondiente a la jornada de trabajo prevista, lo que obligó a la sociedad a modificar su estrategia para poder afrontar esta situación.

Por lo tanto, Concreto estuvo siempre sometida en forma directa al efecto del racionamiento de energía, razón por la que el faltante para cubrir el atraso inevitable debió asumirse con el suministro de recursos adicionales de mano de obra, herramientas y transporte.

1.1.5. Una vez finalizado el contrato, se estableció que en total se analizaron 11800 matrículas domiciliarias, de las cuales se legalizaron sólo 9791 ante EPM, y se devolvieron 2009 para adelantar los procesos correspondientes, ya que previamente les habían instalado las domiciliarias. Este trabajo aunque corresponde a una ejecución parcial, significó para Concreto más tiempo en la ejecución de la obra, y mayor cantidad de recursos para tramitar un 20% más de instalaciones que no fueron finalmente pagadas por EPM.

Los costos de esta mayor permanencia en la obra, que corresponden o equivalen aproximadamente a un 20% de las instalaciones descartadas, de ninguna manera pueden ser considerados como un fenómeno previsto que se hubiere podido establecer en la propuesta.

1.1.6. Existió dispersión de las instalaciones contratadas. En efecto, para Concreto no es aceptable que durante la ejecución del contrato los listados de matrículas suministrados por EPM no tuvieran una secuencia lógica ni ordenada que permitiera una programación adecuada de las 10.000 domiciliarias, bien por sectores, comunas o barrios.

1.1.7. Durante el período comprendido entre el 11 de junio y el 16 de julio de 1992, la interventoría del contrato no permitió la instalación de las domiciliarias debido a dudas acerca de la calidad de las varillas Copperweld que la contratista venía empleando –previo aval de la entidad contratante–. En consecuencia, todo el recurso humano y técnico debió permanecer inactivo durante 29 días que tuvo vigencia el concepto errado de la interventoría.

1.2. El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió el libelo demandatorio en auto del 3 de marzo de 1995 (fl. 120 cdno. ppal.); el 22 de agosto de 1995, se abrió a pruebas el proceso para decretar las solicitadas por las partes (fls. 150 y 151 cdno. ppal.) y, por último, en proveído del 11 de agosto de 2004, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 468 cdno. ppal.).

1.3. EPM E.S.P. se opuso a las súplicas de la demanda, para lo cual propuso la excepción de inexistencia de la obligación. En apoyo de su defensa precisó que fue la sociedad contratista la que solicitó la ampliación del plazo del contrato en 120 días con el fin de culminar las obras que integraban el objeto del contrato. De otro lado, indicó que la actividad del contratista no genera sobrecostos por mayor permanencia, pues la actividad (obra) consiste en desplazar una cuadrilla a una dirección específica para hacer la conexión de energía, y los precios pactados por cada domiciliaria, incluyen todos los costos tanto administrativos como imprevistos y utilidades; se descartaron 1943 domiciliarias por diferentes motivos, y se

ejecutaron 9791 de conformidad con el informe presentado por la interventoría.

Para EPM ninguno de los hechos señalados en la demanda le son imputables, máxime si los mismos podían ser superados con una adecuada planeación por parte del contratista, de modo que el hecho de que no se hayan instalado el total de domiciliarias previstas no supone o implica un incumplimiento del contrato estatal, toda vez que los pliegos y el contrato contemplaba esa posibilidad.

Por último, manifestó la demandada que en la ejecución del contrato se presentó desorganización por parte del contratista, entre muchos otros aspectos, los relacionados con: la despedida reiterada del personal por hurto de materiales, descuido de las labores contratadas lo que generó, en varias ocasiones, daños a electrodomésticos de los usuarios, ausencia total de control de suministro de materiales a los trabajadores, falta de un lugar apropiado para el almacenamiento de los materiales e insumos, etcétera (fls. 123 a 133 cdno. ppal.).

1.4. En la etapa de alegatos de conclusión intervinieron las partes. La sociedad demandante reiteró los argumentos del escrito de demanda, según los cuales se presentó una ruptura del equilibrio económico del contrato por mayor permanencia en la obra, lo que generó unos sobrecostos en la ejecución del contrato (fls. 469 a 473 cdno. ppal.).

Por el contrario, EPM E.S.P. reiteró los fundamentos y razones expuestas en la contestación de la demanda, esto es, que no se presentaron circunstancias externas o internas que alteraran la economía del contrato, sino que, por el contrario, los mayores valores que tuvo que asumir la sociedad contratista se debieron a circunstancias imputables a su propia culpa o negligencia (fls. 474 a 487 cdno. ppal.).

2. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 29 de abril de 2005, el Tribunal Administrativo de Antioquia negó

las súplicas de la demanda. En su criterio, del análisis del acervo probatorio no se desprende un desequilibrio de la ecuación económica o financiera del contrato, así como tampoco un incumplimiento del contrato atribuible a EPM.

Entre otros aspectos, el *a quo*, puntualizó lo siguiente:

“(…) Es necesario precisar el alcance del principio del equilibrio financiero en el contrato, el cual no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa, ni un seguro del contratista contra las pérdidas eventuales del contrato, como tampoco una equivalencia matemática…”

“(…) Las dificultades en la ejecución del contrato no pueden convertirse en un seguro de la eventual pérdida para el contratista. En este caso, se corrigió el racionamiento de energía con la modificación del plazo por ambas partes, sin que procediera indemnización alguna y congelar las fórmulas de reajuste de precios estipuladas en el pliego de condiciones.

“(…) Las condiciones en la programación sobre la instalación de domiciliarias y el requerimiento sobre el cumplimiento en la calidad del material suministrado a la obra no constituyen circunstancias extraordinarias e imprevistas a la celebración del contrato, por lo cual, no puede el contratista solicitar la revisión del mismo en este aspecto.

“(…) El dictamen pericial concluye que “no existe argumento alguno en el racionamiento para justificar los bajos rendimientos que afectaron notoriamente el plazo de ejecución inicial del contrato y, por ende, tampoco para reclamar sobrecostos por el mismo hecho (fl. 436).

“Finalmente, los gastos correspondientes a la llamada dispersión de las instalaciones, la colocación de varillas con la calidad requerida por la entidad contratante y la contratación de un descartador por parte de Conconcreto Ingenieros Civiles S.A., hacen parte de la obra a cargo del contratista, conforme a la cláusula segunda del pliego de condiciones del contrato, la cual señala…”

“Por las razones anteriores, se denegarán las pretensiones de la demanda.” (fls. 490 a 497 cdno. ppal. 2ª instancia).

3. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión, el demandante la impugnó mediante apelación (fls. 499 a 503 cdno. ppal. 2ª instancia), recurso que fue concedido por el *a quo* en proveído del 29 de junio de 2005 (fl. 517 cdno. ppal. 2ª instancia) y admitido por esta Corporación en auto del 30 de marzo de 2006 (fls. 533 a 535 cdno. ppal. 2ª

instancia).

El recurso fue desarrollado como se expone a continuación (fls. 499 a 503 cdno. ppal. 2ª instancia):

3.1. A pesar de la abundante prueba que reposa en el expediente sobre las circunstancias sobrevinientes, ajenas al contratista, que afectaron la economía del contrato, el Tribunal de primera instancia prefirió efectuar un análisis teórico sobre las instituciones y figuras jurídicas relacionadas con el equilibrio económico del contrato, para concluir que no prosperaban las súplicas de la demanda.

3.2. De modo que, sin un análisis exhaustivo de los medios de convicción – testimoniales y técnicos– y a partir de una errada interpretación de las cláusulas 3.4. y 3.12., del pliego de condiciones, concluyó de forma equivocada que los sobrecostos en que incurrió el contratista hicieron parte del alea normal del contrato y, por ende, no es posible efectuar su reconocimiento.

3.3. Es preciso que se interpreten las disposiciones del pliego y las normas aplicables de manera proporcional y razonada, so pena de que se desconozca el carácter o naturaleza conmutativa del contrato estatal.

4. Alegatos de conclusión

En auto del 2 de mayo de 2006 (fl. 537 cdno. ppal. 2ª instancia), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, etapa durante la cual intervinieron las partes para reiterar, en casi idénticos términos, los alegatos de conclusión presentados en la primera instancia.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración, a través del siguiente derrotero: 1) competencia de la Sala, 2) los hechos probados, 3) valoración probatoria y conclusiones y 4) costas.

1. Competencia de la Sala

Se es competente para conocer de este proceso en segunda instancia, pues la pretensión mayor individualmente considerada, corresponde a la de daños materiales, en la modalidad de daño emergente, por valor de \$86´937.925,00¹, suma que resulta superior a la exigida para que un proceso iniciado en el año de 1995, tuviera vocación de doble instancia, esto es, \$59´466.750,00, de conformidad con las reglas de competencia establecidas en la ley 954 de 2005, comoquiera que el recurso de apelación –que determina las normas de competencia aplicables – fue interpuesto el 3 de junio de ese mismo año–.

2. Los hechos probados

Del exiguu acervo probatorio que integra el proceso se destaca:

2.1. Copia simple del contrato No. 3/DJ-253/91, suscrito entre EPM y Concreto S.A., en el que entre otros aspectos se acordó:

“(…) CLÁUSULA PRIMERA. Objeto del contrato: LAS EMPRESAS encargan a EL CONTRATISTA y éste se obliga a ejecutar para aquellas ciñéndose a los planos, pliego de condiciones y especificaciones de la licitación pública nacional No. 1474 – EN y este documento, para: instalación de diez mil (10.000) mil domiciliarias de energía en diferentes sitios del Valle de Aburrá, Grupo I – II. CLÁUSULA SEGUNDA. Plazo de ejecución: para la ejecución total y entrega de las obras a satisfacción, EL CONTRATISTA gozará de un plazo de doscientos cuarenta (240) días calendario. Este plazo será contado a partir de la fecha de la orden de iniciación dada por LAS EMPRESAS. En caso de suspensión de las obras por fuerza mayor, caso fortuito u orden de LAS EMPRESAS, no se recargará el valor de ellas, sino que se prolongará el plazo por un término igual al de la suspensión. **Las suspensiones debidas a lluvias o demoras en la adquisición de materiales o de los equipos, daños a los mismos, a condiciones de ocurrencia común en esta clase de obra, a huelgas en el personas de trabajadores resultantes de incumplimiento por**

¹ Que comprende: i) los costos por mayor permanencia en obra, ii) los gastos en la contratación de un descartador de instalación domiciliaria, y iii) los costos de materiales y alquiler de bodega de almacenamiento.

parte de EL CONTRATISTA para atender peticiones justas de sus trabajadores, o cualquiera otra suspensión, ordenada por LAS EMPRESAS, por razones técnicas o de seguridad, no se considerará como fuerza mayor y no dará lugar a indemnización ni a ampliación del plazo estipulado. CLÁUSULA TERCERA. Valor total del contrato. El valor de este contrato es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por EL CONTRATISTA y las recibidas a satisfacción por LAS EMPRESAS, por el precio unitario de cada una de ellas estipulado por EL CONTRATISTA en su propuesta valor que para las obras allí especificadas se estima en la suma de: CIENTO CINCUENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y DOS MIL CIEN PESOS M.L. (\$151'532.100) para cada uno de los grupos I y II siendo el total adjudicado de TRESCIENTOS TRES MILLONES SESENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS PESOS M.L. (\$303'064.200). EL CONTRATISTA ejecutará las obras previstas en este contrato hasta por la suma indicada, pero éstas podrán aumentar o disminuir habida cuenta que las cantidades de obra son estimativos aproximados del trabajo previsto. **No se aceptará reclamo alguno si las cantidades reales difieren de las indicadas por exceso o por defecto...** CLÁUSULA SEXTA. Aplicación del pliego de condiciones y del estatuto contractual. Todas las cláusulas de la minuta del pliego de condiciones y las demás disposiciones del mismo, se entienden incorporadas en este contrato, al igual que las normas del estatuto contractual de LAS EMPRESAS, en cuanto sean aplicables en un caso determinado..."(fls. 15 a 20 cdno. ppal. – mayúsculas del original, negrillas de la Sala).

2.2. Fotocopia del acta de modificación bilateral No. 1 al contrato 3/DJ-253/91, suscrita por las partes el 15 de marzo de 1993, en la que se estableció:

"(...) PRIMERA. Antecedentes. El plazo contractual de doscientos cuarenta (240) días comunes o solares se inició el día 25 de mayo de 1992, y finalizó el 19 de enero de 1993. Debido al racionamiento de energía la ejecución de los trabajos disminuyó notoriamente y no fue posible cumplir con el plazo estipulado. SEGUNDA. Ampliación del plazo. Por lo anterior, el plazo inicialmente pactado se amplía en noventa (90) días calendario o sea hasta el 19 de abril de 1993, sin congelar los índices para la fórmula de reajustes según autorización de la Junta Directiva de LAS EMPRESAS, en sesión del 17 de diciembre de 1992, acta No. 1225... QUINTA. **Exoneración de responsabilidades. EL CONTRATISTA manifiesta que renuncia a cualquier reclamación o acción que pueda instaurar con motivo**

de lo pactado en este documento y manifiesta que por este hecho no habrá lugar al pago de ninguna indemnización por parte de LAS EMPRESAS... (fls. 18 y 20 cdno. ppal. – mayúsculas del original, negrillas adicionales).

2.3. Copia simple de la comunicación signada por el Representante Legal de Concreto S.A., aditada del 21 de julio de 1993, dirigida al Jefe del Departamento de Interventoría de EPM, en la que se puntualizó:

“En relación con el asunto de la referencia, y tal como lo habíamos manifestado en diversas oportunidades durante la ejecución de la obra, y especialmente en nuestra comunicación de diciembre 02 de 1992 solicitando ampliar en 120 días solares el plazo contractual de ejecución del contrato, en la cual expresamos además nuestra preocupación por los sobrecostos que estábamos teniendo, así como nuestra intención de valorarlos para someterlos a su aprobación, nos permitimos manifestarle lo siguiente:

“Una vez terminada la ejecución del contrato, evaluados todos los componentes de costos, y presentadas todas las actas, resulta evidente que el monto de la facturación no alcanza el valor contractual, a pesar de haber ejecutado el 97.8% de las instalaciones del contrato, considerando además el hecho de la ampliación del plazo de 90 días solares adicionales concedida por las Empresas en enero 20 de 1993, y con unos costos totales que superan ampliamente nuestra facturación por obra ejecutada incluidos los reajustes.

“Consecuentemente, nos permitimos colocar por su intermedio a consideración de las Empresas, nuestra solicitud de reconocimiento debidamente sustentada para cada uno de los siguientes factores que en nuestro criterio generaron sobrecostos no imputables a Concreto en la ejecución del mencionado contrato, así como su correspondiente evaluación:

- “1.- Racionamiento de energía.
- “2.- Instalaciones descartadas.
- “3.- Dispersión de instalaciones.

“4.- Instalación de contadores.

“5.- Interrupción en la colocación de varillas copperweld.

“6.- Contratación de un descartador.

“7.- Mayor estadía por la ampliación del plazo.

“8.- Reajustes.

“El análisis individual de cada uno de los anteriores aspectos, es el siguiente:

“(…) Concluimos la sustentación de nuestra solicitud de reconocimiento de sobrecostos, resaltando el hecho de que durante todo el periodo de ejecución de las obras, primó el interés y propósito de cumplir nuestro compromiso contractual en un proyecto además, de especial urgencia para las Empresas, a pesar de los inconvenientes ya enumerados, y los consiguientes perjuicios económicos.

“Agradecemos anticipadamente su atención...” (fls. 26 a 36 cdno. ppal.).

2.4. Copia íntegra y auténtica del pliego de condiciones de la licitación pública nacional No. 1474-EN, para la contratación de 10.000 domiciliarias de energía, del cual se destaca:

“3.3. PLAZO DE EJECUCIÓN

“El plazo estipulado para ejecutar la obra contado a partir de la fecha de la orden escrita dada por LAS EMPRESAS una vez legalizado el contrato es de doscientos cuarenta (240) días calendario para un grupo o para los dos grupos.

“En caso de que en la propuesta haya sido omitido el plazo, LAS EMPRESAS por derecho propio le asignarán el plazo antes indicado.

“Se aceptarán propuestas cuyo plazo sea de treinta (30) días menos al anteriormente estipulado, pero no habrá bonificación en la

comparación económica para estas propuestas. Las respuestas que presenten plazos por fuera de estos límites serán eliminadas.

“EL CONTRATISTA no podrá argumentar como causa para eventuales ampliaciones del plazo, el hecho de que las domiciliarias estén dispersas.”

“3.4. VALOR TOTAL DEL CONTRATO

“El valor total del contrato es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutada por EL CONTRATISTA y recibidas a satisfacción por LAS EMPRESAS, por el periodo unitario, de cada una de ellas, estipulados en el formulario de propuesta.

“EL CONTRATISTA ejecutará las obras previstas hasta por la suma indicada pero estas pueden aumentar o disminuir habida cuenta que las cantidades de obra son estimativos aproximados del trabajo previsto; no se aceptará reclamo alguno si las cantidades reales difieren de las indicadas por exceso o por defecto.”

“(…) 3.12. MÉTODOS DE CONSTRUCCIÓN

“Los métodos para la ejecución de la obra quedarán a la iniciativa del CONTRATISTA en quien recaerá la responsabilidad por tales métodos, los cuales estarán encaminados a obtener los mejores resultados en la obra; sin embargo, LAS EMPRESAS tendrán en cualquier momento el derecho de ordenar los cambios en los métodos con miras a la seguridad y al avance de la obra o a su coordinación con las obras de otros contratistas o para obligar al CONTRATISTA a ajustarse al contrato.

“Si LAS EMPRESAS así lo requieren, EL CONTRATISTA antes de iniciar cualquier parte de la obra, o en cualquier momento durante la ejecución de la misma, deberá suministrar con suficiente anticipación toda la información requerida referente a los programas, métodos y procedimientos que realizará en la ejecución de los trabajos.

“La aprobación por parte de LAS EMPRESAS de algún procedimiento o método utilizado por EL CONTRATISTA, así como la aceptación y uso de EL CONTRATISTA de algún procedimiento o método sugerido por LAS EMPRESAS, no significará que LAS EMPRESAS asumen algún riesgo o responsabilidad y EL CONTRATISTA no tendrá derecho a reclamo en caso de falla total o parcial o ineficiencia de alguno de los procedimientos anotados.”

“EL CONTRATISTA deberá tener en cuenta que LAS EMPRESAS podrán ordenar la ejecución de parte de los trabajos en horas nocturnas o días festivos para evitar interrupciones del tránsito en las vías donde se realizarán algunos trabajos.

“(...) 3.15. RESPONSABILIDAD POR PERSONAL, MATERIAL Y EQUIPO

“3.15.1. Personal

“EL CONTRATISTA se obliga a atender en forma permanente y personal la dirección de la obra. Además se obliga a mantener en el lugar de los trabajos un ingeniero electricista graduado y matriculado que lo represente, con amplias facultades para obrar y resolver los problemas que se presenten. Cuando EL CONTRATISTA no cumpla con la obligación de tener un ingeniero residente de tiempo completo, la obra se suspenderá hasta que se llene este requisito y se aplicará la multa descrita en el numeral 3.10.4.

“Todos los trabajadores serán de libre nombramiento y remoción del CONTRATISTA y no adquieren vinculación de ninguna índole con LAS EMPRESAS...”

“3.15.2. Material

“El contratista se compromete a conseguir oportunamente todos los materiales que se requieran para la construcción de las obras y a mantener permanentemente una cantidad suficiente que garantice el avance normal de la obra. Los materiales y demás elementos que EL CONTRATISTA emplee en la ejecución de las obras que se encomienden, deberán ser de primera calidad en su género y para el

fin que se le destina. **EL CONTRATISTA someterá a la previa aprobación por parte de LAS EMPRESAS, los materiales y elementos en general que vaya a emplear en las obras.**

“EL CONTRATISTA deberá suministrar a LAS EMPRESAS y a su cargo, muestras de los materiales y elementos que pretende utilizar para someterlas a su aprobación y ensayos de laboratorio cuando se requiera. LAS EMPRESAS podrán rechazar los materiales o elementos si no los encuentran de acuerdo con lo establecido en las normas. Los materiales y elementos que EL CONTRATISTA emplee en la ejecución de las obras sin dicha aprobación podrán ser rechazados por LAS EMPRESA. El material rechazado se retirará del lugar, reemplazándolo con material aprobado y la ejecución de la obra defectuosa se corregirá satisfactoriamente, todo esto sin lugar a pago extra. Toda obra rechazada por deficiencia en el material empleado o por defectos de construcción, deberá ser reparada por EL CONTRATISTA.

“(...) Durante la ejecución del contrato, EL CONTRATISTA deberá mantener en el sitio de trabajo un probador electrónico para detectar la presencia de voltaje por medio de ruido.

“3.15.3. Equipo

“EL CONTRATISTA deberá proveerse de todos los equipos y herramientas necesarios para la correcta ejecución de las obras.

“El equipo que utilice EL CONTRATISTA, su depreciación y mantenimiento correrán por su cuenta, así como la operación, bodegaje, etc. Igualmente, deberá mantener equipo aprobado y en buen estado con el objeto de evitar demora o interrupciones debidas a daños. La mala calidad de los equipos, la deficiencia en el mantenimiento o los daños que ellos puedan sufrir, no serán causal que exima el cumplimiento de sus obligaciones.

“LAS EMPRESAS podrán hacer retirar del lugar de trabajo cualquier equipo o herramienta que a su juicio esté defectuoso o no recomendable para ser utilizado...” (fls. 191 a 401 cdno. ppal. – mayúsculas y negrillas del original. Negrillas y subrayado sostenido de la Sala).

2.5. Copia auténtica de la comunicación del 12 de enero de 1993, suscrita por el ingeniero residente del contrato No. 3/DJ-253/91, dirigida al interventor de energía de EPM, en la que se puntualizó:

“De acuerdo al análisis de los listados en los recorridos hechos por el descartador, señor Héctor Marín, desde el 28 de octubre de 1992 hasta el 23 de diciembre de 1992 se ha notado que los resultados esperados no han sido buenos; por lo que hemos decidido suspenderlo como descartador.” (fl. 139 cdno. ppal.).

2.6. A folio 144 del cuaderno principal obra escrito signado por los ingenieros interventor y de energía de EPM, de fecha 28 de septiembre de 1992, dirigido a Concreto S.A., en el que se lee:

“Hasta la fecha el contrato ha sido afectado por diferentes hechos que han incidido en los objetivos de la legalización de 1800 domiciliarias al mes:

“- La insuficiencia de prensas en las cuadrillas de ejecución retrasan enormemente el trabajo de las cuadrillas que legalizan las domiciliarias que supuestamente se encuentran terminadas.

“- En promedio de la legalizada semanal de cada cuadrilla es de 15 domiciliarias y los sábados es de 20, lo que indica que para alcanzar los objetos del contrato se debe aumentar dichos promedios o el número de las cuadrillas de ejecución y de legalización.

“- El descontrol en la sellada de las domiciliarias y la descordinación en la programación conllevan la pérdida de tiempo y de las cuadrillas que legalizan, como también el desconocimiento en la ubicación de las direcciones. Además ésta se incrementa por motivos como: falta de materiales en la sellada, falta de resane, existencia de escombros y acometidas sin conectar.

“Dichos factores deben ser atendido con prontitud para poder alcanzar el programa planteado por ustedes pues los balances

obtenidos al momento no satisfacen el futuro óptimo del contrato.” (fl. 144 cdno. ppal.).

2.7. Escrito dirigido por el Jefe de la Interventoría de Energía de EPM, del 25 de septiembre de 1992, mediante el cual se reitera la preocupación a Concreto por el bajo rendimiento de las obras contratadas, razón por la que se le insta a reorganizar y optimizar los recursos asignado para cumplir con el contrato dentro del plazo establecido (fl. 145 cdno. ppal.).

2.8. Copia auténtica del comunicado dirigido por EPM a Concreto, calendado 5 de marzo de 1993, en el que se consignó:

“Con respecto a las obras del contrato me permito comunicarle lo siguiente:

“- El rendimiento correspondiente al mes de febrero fue de 1081 domiciliarias legalizadas; presentándose una notable disminución, causada por la falta de materiales como trenza para las acometidas y “garras” para los interruptores.

“- Las cuadrillas de legalizada continúan ejecutando domiciliarias que han quedado incompletas causa por la cual se pierde tiempo valioso en el día de trabajo.

“- La imperante situación de la ciudad amerita la suficiente identificación en el terreno de todas las cuadrillas y vehículos respectivos para la seguridad del personal que labora.

“- Los medidores que presenten defectos de funcionamiento o mala dirección deben ser reportados con su matrícula respectiva a interventoría oportunamente.

“- Con respecto a las matrículas descartadas, no deben dejarse acumular en el almacén de Concreto, se deben informar previamente para ser llevadas a calibración los medidores correspondientes, evitándose problemas de ocupación de espacio

como también deterioro y empolvado de los medidores.

“- Los domiciliarias con consecutivo 8086 fue ejecutada hace dos meses, favor alistarla para su legalización respectiva.

“- Las cuadrillas deben ir al sitio de trabajo con los suficientes y adecuados elementos para ejecutar los mismos.

“- El día 2 de marzo fue visitada la domiciliaria 9689 por una cuadrillas para ser corregidos trabajos anteriores en la misma. La persona que ejecutó los trabajos atendió de muy mala gana y en forma grosera esta labor. Favor atender este asunto puesto que el respeto al usuario y el buen trato del encargado ha sido primordial en el transcurso del contrato.” (fls. 148 y 149 cdno. ppal.).

2.9. Testimonio del señor Felix Hernando Uribe Martínez, rendido ante el *a quo*, del cual se transcribe:

“(…) PREGUNTADO. Diga si conoce a la firma CONCRETTO INGENIEROS CIVILES S.A. por qué razón y qué relaciones laborales tiene o ha tenido con la misma. CONTESTÓ. Sí conozco desde hace mucho tiempo a la firma Concreto S.A. por sus referencias excelentes de grandes ejecutorias en ingeniería, durante mi permanencia en EEPP tuve oportunidad de establecer contratos administrativos y técnicos con dicha firma y en los últimos años administrar contratos de interventoría para redes de energía en dos ocasiones y por último un contrato para instalar diez mil domiciliarias de energía... Cuando dicho contrato se llevó a cabo yo era el Jefe del Departamento de Interventoría de Energía en las EEPP y me correspondió atender la coordinación y parte administrativa de este contrato principalmente participé también de su parte técnica por el contacto inmediato y directo con el ingeniero interventor asignado a este contrato, funcionario que estaba a mi cargo; al finalizar su ejecución la firma Concreto S.A. presentó una reclamación fundamentada en diferentes motivos la cual tuve oportunidad de discutir con el interventor de la obra y funcionarios de la división jurídica de las Empresas y notifiqué a la firma Concreto S.A. sobre nuestro concepto de no dar lugar a dicha reclamación, posteriormente esta firma replanteó la misma y hasta allí tuve

oportunidad de intervenir en este contrato porque meses después me retiré de las empresas... PREGUNTADO. Diga si el factor racionamiento de energía era un hecho que ocurrió en el convenio y qué incidencias tuvo, por qué se ocasionó. CONTESTÓ. El proceso de racionamiento de energía que afectó al país durante poco más de un año sí ocurrió durante la ejecución de este contrato, desconozco las razones de fondo que pudo tener el Gobierno Nacional para decretarlo y en cuanto hace relación con las actividades a ejecutar en este contrato se estima que sólo el 10% de ellas requería fluido eléctrico, este porcentaje se basa en la amplia experiencia adquirida en la ejecución de más de 40 contratos de este tipo que estuvieron a mi cargo. PREGUNTADO. Habla usted que hubo cambio en las especificaciones de materiales, explique en qué consistieron y qué efectos produjo en el convenio inicial. CONTESTÓ. Ese es el argumento que Concreto plantea al referirse específicamente a la varilla puesta a tierra que debe instalarse con cada una de las conexiones domiciliarias que se ejecuten, el diferendo surgió cuando la firma contratista empezó a instalar unas varillas de diferente marca a la que ofreció en su propuesta y que se deterioraron en su instalación siendo necesario su retiro y la suspensión de la colocación de este lote de varillas mientras se aplicaban los correctivos técnicos del caso, hecho que finalmente ocurrió, no se trata pues, de un cambio en las especificaciones propiamente dicho sino de la exigencia en el cumplimiento de la calidad del material. PREGUNTADO. Cuando se alegaba dispersión de las instalaciones en qué consistía. CONTESTÓ. Este aspecto consiste en que en una misma zona, sector o barrio de la ciudad se hacen instalaciones diseminadas y no necesariamente en una misma visita por cuanto se trata del cubrimiento en zonas muy amplias ubicadas específicamente en los barrios más deprimidos de la ciudad en donde existen numerosos problemas de nomenclatura y localización entre otros, la diseminación de las instalaciones también obedece a que el orden con el cual se trabaja para disponer su ejecución depende de la frecuencia y oportunidad con que es solicitada por el usuario así se trate de vecinos de una misma cuadra o sector, el contrato establece la ejecución de estas instalaciones en diferentes sitios de la ciudad y no determina la zona o barrio específicamente. (...) PREGUNTADO. Diga si las Empresas Públicas han celebrado convenios similares a estos y con los mismos problemas. CONTESTÓ. Mi permanencia en el cargo como jefe de interventoría de energía fue de 17 años durante el mismo me tocó la administración de aproximadamente 45 contratos similares a este que no ocupa, durante estos tuve oportunidad de compartir su ejecución con las más conocidas firmas del medio especializadas en este tipo de trabajos y solamente se presentaron dos reclamos, uno de ellos solicitando modificación en los precios unitarios y el otro pidiendo un reconocimiento adicional por reajustes, este es el primer contrato en el cual se plantean las exigencias que antes mencioné.

PREGUNTADO POR LA APODERADA DE LA DEMANDADA. Qué actividades se realizan con energía para una instalación domiciliaria. CONTESTÓ. Como antes lo anoté solo el 10% de las actividades que se ejecutan en una domiciliaria requieren fluido eléctrico, para una instalación se realizan las siguientes actividades, canchada o perforación del muro para incrustación de la caja metálica, colocación de ésta y resane con mortero para su fijación al muro, colocación de tuberías para alambrado, colocación de la varilla puesta a tierra, instalación del alambrado desde la caja hasta la red y hasta el interior de la vivienda, colocación del sistema para fijación del alambrado al muro, instalación de cápsulas, hasta este momento ninguna de esas actividades requiere fluido eléctrico porque incluso el alambre ya viene dispuesto para ser colocado porque requiere una labor previa de trenzado, por último se conecta el alambre de la instalación a la red existente, a partir de ese momento se requiere el flujo eléctrico para la calibración y verificación del comportamiento de la instalación, olvidaba mencionar que otra labor previa es la instalación del contador el cual debe encontrarse debidamente calibrado, pero esta calibración se hace en las instalaciones de la Empresa por parte de su personal y se le entrega al contratista totalmente listo para instalar, es decir no se ejecuta en el terreno.

PREGUNTADO. Para el momento de ampliarse plazo del contrato usted considera que la firma Conconcreto estaba cumpliendo con el programa de trabajo. CONTESTÓ. Cuando se discutió la posibilidad de ampliación del contrato presentaba un considerable retraso en su ejecución este retraso se determina linealmente al establecer el número de instalaciones que deben cumplirse cada mes, la ampliación del plazo se consideró porque fue solicitada por la firma contratista y por un plazo de 120 días analizada la situación del contrato en ese momento se convino que sólo se requería 90 días para cumplirlo como efectivamente ocurrió, esta ampliación se hizo sin congelar los índices para la fórmula de reajuste y fue la situación que permitió al contratista cumplir lo pactado...

PREGUNTADO. A qué se debió la suspensión del plazo del contrato ocasionada por la colocación de varillas. CONTESTÓ. En ningún caso se suspendió el contrato, cuando se empezaron a instalar las primeras varillas para puesta a tierra se detectó en el terreno que las mismas causaban un desprendimiento de la chaqueta protectora de cobre, lo cual no permite al elemento cumplir con seguridad su función técnica, esto determinó que la interventoría suspendiera la utilización de estas varillas mientras el contratista presentaba otra alternativa que permitiera atender satisfactoriamente esta labor, durante un período aproximado de un mes se presentaron nuevas muestras de los elementos buscando el que finalmente cumpliera a satisfacción lo que se pedía, mientras tanto para no crear interrupciones en el proceso se autorizó al contratista la utilización de un primer lote de 2.500 unidades con la condición de que se hiciera su chequeo riguroso en el terreno antes de aceptar cualquier unidad, después de

esta dificultad el fabricante corrigió la aleación de sus varillas y presentó otros que ya no causaban dificultad en su colocación, reitero que se presentó la dificultad en la aceptación de un elemento pero en ningún momento se suspendió el contrato en ninguno de los frentes. PREGUNTADO. Usted a qué atribuye el incumplimiento por parte de Concreto en la ejecución del contrato. CONTESTÓ. Personalmente estimo que las dificultades que la firma contratista tuvo en el desarrollo de este contrato se debieron exclusivamente a una pésima administración del mismo, fue notoria la desorganización, descoordinación en el terreno, en el control de materiales, en el control de personal, y en el robo de materiales entre otros. PREGUNTADO POR EL APODERADO DE LA DEMANDANTE. Posee Empresas Públicas alguna información histórica, en planos, estudios de suelo que le permita saber en qué lugares de la ciudad se requiere en un momento determinado la instalación de domiciliarias. CONTESTÓ. No creo que exista esa información específica en Empresas Públicas, porque el programa de instalación de domiciliarias va de la mano con el desarrollo urbanístico de la ciudad y este tipo de contratos se refiere específicamente a las instalaciones que corresponden a los estratos más deprimidos, los cuales en su gran mayoría se conforman por invasiones o similares a medida que los usuarios de estos sectores van solicitando su instalación se va creando la necesidad de organizar el respectivo contrato para ejecutarlas. PREGUNTADO. Significa lo dicho que Empresas Públicas carece de metodología específica para orientar la ejecución ordenada de estos contratos. CONTESTÓ. No en modo alguno se refiere mi apreciación a que no existen planos del área metropolitana que digan donde podrán o no llevarse a cabo estas obras, las Empresas Públicas de Medellín tienen una metodología que le ha dado excelente resultado en la ejecución de estos trabajos puesta a prueba en más de 40 contratos que a mí me tocó coordinar como antes dije, para este contrato específico se le ofreció al representante de Concreto toda nuestra colaboración basada en conocimientos de ingeniería y revisores de amplia experiencia en este tipo de obras, metodología comprobada exitosamente que fue rechazada por el representante del contratista arguyendo que eran métodos obsoletos que ya estaban en mora de ser modificados lo cual él iba a hacer en este contrato, la experiencia de las Empresas para este tipo de obras nos permitió ejecutar más de cincuenta mil instalaciones entre los años 90 y 92 sin ningún inconveniente. PREGUNTADO. Cómo explica usted entonces que de un poco más de once mil visitados, más de dos mil, es decir, una cifra cercana al 20% resultaron ya con las instalaciones hechas por otros contratistas. CONTESTÓ. Muy respetuosamente me permito informar al doctor que no fueron más de dos mil instalaciones que ya estaban ejecutadas, sobre las mismas quiero aclarar que cuando se encuentra una instalación total o parcialmente ejecutada ésta lo ha sido por iniciativa del propietario

de la vivienda y en ningún caso por ningún contratista de las Empresas, este tipo de ejecución se motiva cuando el propietario considera que está retrasando la instalación que él solicitó a las empresas y busca por su propia iniciativa alguien que se la ejecute entre otras cosas tratando de que su ejecución sea más económica... PREGUNTADO. En respuesta anterior usted explicó que la parte de energía sólo interesaba como un 10% o que el fluido sólo se requería en un 10%, cómo explica entonces que a través del acta de modificación bilateral No. 1, por el motivo del racionamiento, el plazo inicial de 240 días se ampliara en 90, es decir, algo así como el 40%. CONTESTÓ. Cuando se discutió y aprobó entre las partes la ampliación del plazo se tuvo como referencia específica el retraso que a la fecha presentaban las obras con respecto a lo acordado o convenido en el contrato, las razones que motivaron este retraso fueron muchas, siendo lo correspondiente el racionamiento de energía una de las menores, entre otras se tuvo en cuenta el escaso personal con que el contratista atendió la iniciación de las obras, los trastornos causados por robo de material y falta de control en el suministro, las jornadas de trabajo modificadas reiterativamente y otros aspectos que configuraron la posibilidad de ampliar el plazo para permitir la ejecución de las obras no fue entonces el racionamiento de energía el factor determinante para esta ampliación... PREGUNTADO. Después de que la interventoría ordenó suspender el suministro de esa varilla cuánto tiempo pasó antes de que la misma interventoría volviera a admitir el suministro de esa misma varilla. CONTESTÓ. Cuando la interventoría rechazó la varilla inicial se exigió al contratista la presentación de ensayos de laboratorio para los futuros elementos a utilizar, mientras esto ocurría y el contratista solucionaba satisfactoriamente la situación se causó un período de 29 días a partir de los cuales se autorizó al contratista seguir colocando el primer lote de varillas que presentó pero sometido a un riguroso control individual del elemento, con el fin de facilitarle los trabajos para que éstos no sufrieran un retraso mayor, posteriormente se presentó un nuevo lote de esta misma varilla pero ya modificado y corregido en su aleación por el fabricante, el cual cumplió a cabalidad, vale anotar que este tipo de varilla debido a su mala calidad fue rechazado en otros contratos y en la actualidad no existen porque el fabricante quebró, se insiste además en que sólo se trató de no colocar el elemento durante el período que se mencionó antes pero en ningún caso de suspensión de los trabajos. PREGUNTADO. Explíqueme entonces al tribunal qué pasaba con el contratista en esos 29 días. CONTESTÓ. Como antes dijimos durante la ejecución de una instalación se llevan a cabo cerca de doce actividades mientras no se pudo colocar la varilla en discusión las cuadrillas de trabajo estaban totalmente aplicadas a la ejecución de las once actividades restantes..." (fls. 160 a 170 cdno. ppal. – mayúsculas del original).

2.10. Declaración del señor Iván Darío Gutiérrez Velásquez, recibida por el Tribunal de primera instancia, de la que se destaca:

“(…) PREGUNTADO. Diga si conoce a la firma Conconcreto Ingenieros Civiles S.A., por qué razón, y si ha tenido alguna dependencia de la misma. CONTESTÓ. Sí conozco la firma Conconcreto en la cual ejecutamos un contrato y le realizamos la interventoría. PREGUNTADO. Diga si hace referencia al convenio 3DJ253-91 para la instalación de domiciliarias. CONTESTÓ. Sí, exactamente ese. PREGUNTADO. Diga si conoce a Felix Hernando Uribe ha trabajado bajo su dependencia y específicamente en el contrato referenciado. CONTESTÓ. Sí él fue mi jefe en esa época para ese contrato. PREGUNTADO. Diga si recuerda si en la ejecución del mismo hubo problemas en su ejecución, en qué consistieron y cómo se resolvieron. CONTESTÓ. Esos problemas que se presentaron comenzando por el primero fue de índole administrativo debido a los bajos rendimientos que presentó el contrato, como fue solucionado, se le hicieron los requerimientos a la firma contratista sobre las necesidades de mejor organización y más personal al contrato, el segundo problema presentado fue el de la mala calidad de las varillas para puesta a tierra, las cuales en su instalación presentaron deficiencias por el corrimiento de la chaqueta de cobre, se le comunicó oportunamente al contratista el mejoramiento de la calidad o cambio de la misma... PREGUNTADO. Diga si ese bajo rendimiento de que habla usted detectado por las Empresas Públicas quedó consignado oportunamente en actas. CONTESTÓ. Sí, mensualmente en desarrollo del contrato se realizan actas de obra ejecutada en los cuales se ve claramente que es un bajo rendimiento los cuales adicionalmente fueron dados a conocer por escrito al contratista... PREGUNTADO. Usted como interventor de este contrato considera que la firma contratista suministró para la ejecución del mismo todas las condiciones técnicas, financieras y administrativas. CONTESTÓ. Estas condiciones técnicas y administrativas fueron suministradas como decía anteriormente muy avanzado ya el contrato... PREGUNTADO. Por qué razón, si como usted lo dijo en una respuesta anterior el fluido de energía no tenía una importancia significativa en la ejecución del contrato, sin embargo en el acta de modificación bilateral mediante la cual se amplió el plazo del contrato en casi un 40 por ciento se da como único argumento el racionamiento de energía. CONTESTÓ. Se presentaron dos circunstancias los bajos rendimientos y el racionamiento de energía para la ejecución del contrato el racionamiento no incidió directamente como lo dije que en la actividad de construcción de las domiciliarias requiere energía

en un poco porcentaje aproximadamente el 10 por ciento, por esto el contrato requería una reorganización para su ejecución y una adecuada programación... PREGUNTADO. Cuál es la metodología que se utiliza por parte de las Empresas para indicarle al contratista dónde debe ejecutar la obra. CONTESTÓ. Atendiendo al objeto del contrato de instalación de diez mil domiciliarias de energía en diferentes sitios del Valle de Aburrá se le ordenan al contratista oportunamente listados con las matrículas y las direcciones de las domiciliarias a ejecutar, para su programación y ejecución. PREGUNTADO. Poseía las Empresas Públicas algún estudio o planos que permitieran vislumbrar los lugares donde se iban a hacer las instalaciones. CONTESTÓ. Los lugares donde se iban a ejecutar las instalaciones estaban informados en el objeto del contrato, los cuales se indicaba en el pliego que debía ser en cualquier sitio del Valle de Aburrá, éstas eran determinadas por las matrículas ordenadas inicialmente... PREGUNTADO. Cuál será entonces la razón por la cual en la ejecución de este contrato hubo más de dos mil instalaciones descartadas por estar ya ejecutadas. CONTESTÓ. La razón de las domiciliarias descartadas eran diferentes motivos o causas, las cuales para la instalación de las domiciliarias requería de una visita previa para localizar y adecuar oportunamente las mismas. En consecuencia se comunicó y se le informó al contratista que deberían ser atendidas las domiciliarias que se presentaban este tipo de causas de descartes que debieron haber sido conocidos previamente al estudio... PREGUNTADO. Qué medidas tomó la interventoría para evitar la dispersión de las instalaciones. CONTESTÓ. Inicialmente y como adicional al contrato al realizar los listados se clasificaban por sectores en la mejor manera posible para colaborar con su sectorización pero como el objeto del contrato indica las domiciliarias que se presentaban eran dispersas... PREGUNTADO. Qué puede decir la interventoría en relación con el tema del descartador que fue contratado. CONTESTÓ. Aproximadamente en el mes de septiembre debido a los bajos rendimientos que presentó el contrato y en reunión convenida entre las partes se le informó al contratista las ventajas de un descartador para el contrato o persona especializada en ubicación de direcciones para visitar previamente cada una de las domiciliarias esto fue atendido por la firma contratista y el descartador fue contratado, este descartador fue utilizado cierto tiempo hasta que el contratista no vio la necesidad de tenerlo más contratado, no figuraba en los pliegos..." (fls. 171 a 178 cdno. ppal. – mayúsculas del original).

2.11. Testimonio del señor Jorge Hernán Jiménez Jaramillo, rendido ante juez comisionado por el *a quo*, de profesión abogado y quien está vinculado laboralmente con la sociedad contratista, del cual se transcribe lo siguiente:

“(…) Ese fue un contrato que le fue adjudicado a la compañía a mediados de diciembre del año noventa y uno y el que sólo se pudo iniciar en mayo del año noventa y dos y se relacionaba con la instalación de 10.000 domiciliarias, era un contrato que tenía una duración de 240 días y que fue necesario prorrogar por noventa días más, como consecuencia de varias dificultades que tuvo la compañía para ejecutar ese contrato y muy especialmente por el racionamiento de energía por el cual nos vimos seriamente afectados lo cual no permitió que el contrato se ejecutara con la planificación y disposición de los recursos que se tenían previsto... La actividad que se desarrollaba que era la instalación de domiciliarias que tiene que ver con contadores de energía tenía que disponer de la misma para el sellado y culminado de dicha actividad, condición sine qua non, sin la cual no se podía culminar la actividad. PREGUNTADO. Explique en qué consistió el tema de las instalaciones descartadas y qué efectos tuvo sobre la ejecución del mismo. CONTESTÓ. Además de las dificultades que se nos originaron con el mencionado contrato por el sistema de racionamiento de energía, se tuvo otras dificultades adicionales, entre ellas, la que usted me pregunta, que consistió en que para ejecutar las 10.000 domiciliarias por se tuvieron que practicar entre mil setecientos y mil novecientas visitas domiciliarias, la cifra exacta no la tengo en la cabeza, pero sí fue muy normal en este proyecto que cuando la compañía se desplazaba a una determinada dirección o ésta no existió, o existiendo ya disponía de la energía, o no se nos dejaba instalar la misma y en fin existieron muchas más dificultades que el doctor Luis Fernando Mejía quien va a declarar en este proceso y quien fue el que estuvo presente de la obra podrá explicar en detalle los inconvenientes, y quiero precisar además que se tuvieron que practicar y finalmente no se llegó siquiera al número de instalaciones de que se da razón en el contrato, entre las visitas y la obra realmente ejecutada hubo un desfase del 19 al 20 por ciento, en relación con las obras realizadas, lo que significa que tuvimos el 20% más de visitas de las previstas en la licitación, pero ese no era el problema tampoco, se agravó más la situación cuando las empresas públicas no nos daba listados más pequeños cada día y a determinado sitio o barrio o manzana había que repetir dicha visita y es decir, diez, quince, o veinte veces más, ya que los listados entregados nunca estuvieron debidamente sistematizados... PREGUNTADO. Durante los nueve años y medio que lleva trabajando en Concreto, esta entidad había desarrollado un contrato similar al que ejecutó con empresas públicas de Medellín para la instalación de domiciliarias. CONTESTÓ. Tengo entendido que fue el primero, pero eso no quiere decir que uno cuando ejecuta un primer contrato y muchas más cuando tiene relación con el objeto de la compañía tenga o no dificultades, pero sí tengo para decir que para empresas públicas hemos ejecutado muchísimos contratos y

conocemos pliegos y condiciones que en un momento se exigen y por eso me da pie para decir que si presentamos una reclamación no se hizo por elevar globos sino que los problemas que se tuvieron fueron reales... PREGUNTADO. A pesar de no ser técnico dijo en respuesta anterior, que la instalación de domiciliarias se vio gravemente afectada por la falta de fluido eléctrico, usted me puede decir cuáles actividades requieren energía para ello? CONTESTÓ. Uno cuando formula una reclamación tiene que conocer sino el detalle al menos una descripción de las actividades que hay que hacer y obviamente sin ser técnico cuando me reuní con las personas que formularon o mejor adelantaron las obras me lo explicaron, y ese tema lo podría explicar en mejor detalle el doctor Luis Fernando Mejía..." (fls. 403 a 405 cdno. ppal. – mayúsculas del original).

2.12. Declaración del ingeniero electricista Luis Fernando Mejía, trabajador vinculado a Concreto, quien interrogado por el Juzgado Comisionado por el Tribunal de primera instancia sobre los hechos de la demanda, puntualizó:

"(...) Yo era el ingeniero coordinador del contrato, como jefe del departamento de ingeniería de Concreto, tenía a cargo la dirección, la asesoría y la implementación de recursos para la perfecta ejecución del contrato... El contrato fue adjudicado a finales del año noventa y uno y por circunstancias ajenas a Concreto solamente pudimos iniciar actividades en mayo del noventa y dos, en ese período hubo circunstancias ajenas a nosotros que impidieron iniciar el contrato en la fecha y forma como se tenía previsto, en tal sentido hubo alguna dificultad inicial en la consecución del personal obrero que se encargaría de ejecutar las obras, puesto que en ese período hubo bastante migración de otros contratos y otras empresas del personal que teníamos previsto. Una vez iniciado el contrato y sin ser muy preciso en la fecha exacta, nos encontramos con un hecho completamente anormal y que fue el racionamiento de energía, de ninguna manera había previsto Concreto una situación similar, inconvenientes derivados de la falta de servicio de energía durante el día pueden ser varios primero: dentro de nuestra organización de trabajo era claro que contábamos con una jornada diaria, completa para acometer cualquiera de las actividades del contrato, una de ellas el sellado o puesta en funcionamiento de los medidores, actividad en la que se requiere indispensablemente del servicio de energía, ello llevó a que solo en el periodo comprendido entre las dos y las cinco de la tarde se pudiera desarrollar dichas actividades... Segundo: los recursos inicialmente programados para las cuadrillas que sellaban en estas

condiciones ya no serían suficientes lo que desde un principio generó la necesidad de buscar recursos adicionales que permitieran reforzar la presencia masiva para atender en solo tres horas la labor que normalmente se puede desarrollar durante toda una jornada. Otro inconveniente, un aspecto que desde el principio fue cuestionado por nosotros, tuvo que ver con la forma como empresas públicas asignaba los listados de las instalaciones a ejecutar, entregando listados de cien, doscientas, trescientas instalaciones muy fraccionadas en los que no se lograba encontrar ninguna organización previa por parte de empresas públicas... para Concreto el objeto del contrato para ejecutar diez mil domiciliarias en diferentes zonas del Valle de Aburrá era completamente claro, pero no teníamos ni en los pliegos ni en las reuniones previas y licitaciones, y además, información que nos permitiera suponer siquiera que para atender esas diez mil domiciliarias deberíamos visitar un veinte por ciento más porque al llegar con nuestros recursos a muchas de las direcciones asignadas por las empresas en sus listados, diarios, permanentes o semanales nuestros funcionarios se encontraban con que dicha instalación ya había sido ejecutada por otro contratista, para nosotros el hecho de aparecer una dirección en el listado significaba la seguridad absoluta de esa entidad en estar ordenando en visitar una instalación que para ellos no había sido legalizada, pero que repito para nosotros era una completa sorpresa llegar a ella y encontrarla terminada; el recurso, tiempo, dedicación hacia esa instalación que finalmente se clasificaba como descartada nunca fue reconocida y tampoco tuvimos como preverlo puesto que no hubo información previa que permitiera evaluar. Otro hecho que influyó tuvo que ver con la orden de suspensión de actividades por el supuesto no cumplimiento de especificaciones de la varilla de puesta a tierra utilizada en el contrato, parálisis que duró aproximadamente un mes, tiempo durante el cual no se reportó obra ejecutada, los trabajos no se podían culminar adecuadamente y obviamente durante el cual fue afectado nuestro flujo de caja puesto que no se ejecutó acta... Finalmente, Concreto terminó de instalar el inventario completo de varillas de puesta a tierra que le quedaban y empresas públicas con un seguimiento permanente evaluó, supervisó, y recibió dichas instalaciones, incluidas las varillas que anteriormente habían sido cuestionadas. Duración de aclaración de este proceso aproximadamente de un mes, en el que nuestros recursos estuvieron prácticamente inmovilizados o subutilizados.

PREGUNTADO. Qué diferencia existe entre el tema de la dispersión de instalaciones y el tema de las instalaciones descartadas.

CONTESTÓ. Primero, dispersión de instalaciones es no poder atender en forma organizada un área dentro del Valle de Aburrá, llámese barrio, manzana, comuna o zona, evacuarla y no tener que regresar a ella, dado que los listados que permanentemente emitía empresas públicas incluían direcciones a las que ya se había

asistido y se requería ejecutar una nueva instalación en direcciones que muchas veces eran contiguas, esto obliga a que el recurso humano y técnico tenga que dispersarse por toda la geografía del Valle de Aburrá para atender simultáneamente instalaciones en un mismo momento, a la misma hora en el norte, el sur, oriente, zonas rurales, insistimos en que un listado adecuadamente programado y cuyo único originador podían ser las empresas permitiría que al contratista llegar en forma ordenada a cada área o zona hasta evacuarla y no tener que atomizar los recursos como en este caso se dio. Segundo, los descartes. Un descarte es técnicamente, es llegar a una instalación que ya había sido ejecutada por otro contratista y que empresas por ser el dueño del sistema, por ser el operador del sistema de domiciliarias de la ciudad era el único que podía saber que una instalación ya estuviese ejecutada y no tener que ser el contratista el que con sus recursos vaya a esa dirección para informar a empresas que esa instalación ya estaba hecha, en resumen asistir a doce mil instalaciones, casi creo, creo once mil ochocientas instalaciones para encontrarse que las restantes eran instalaciones descartables, instalaciones que para Concreto no significaban ningún reconocimiento, sobre las que tampoco había lugar a considerarlas dentro del estudio de presentación de la propuesta... Surgió de allí la idea del descartador, aceptada por empresas por interventoría, sugiriendo un contrato de un ex funcionario de empresas para ejecutarla y con el criterio claro de ser reconocido previa la presentación de un análisis de precios para la actividad que en adelante se llamó descartador... El descartador se finalmente se convierte en un nuevo costo para el contrato costo que no había sido de ninguna previsto ni incluido en la propuesta.

PREGUNTADO. Voy a describir unas actividades relativas a la instalación de domiciliarias y usted dirá como ingeniero electricista cuáles de las mismas requieren del fluido eléctrico permanente o lo requieren para su ejecución. Canchada o perforación de muro para incrustación de caja metálica, colocación de ésta, resane con mortero para fijación de muro, colocación de tubería para alambrado, varilla de la puesta a tierra, instalación alambrado desde la caja a la red y hasta el interior de la vivienda, colocación de aisladores, instalación de cápsulas, instalación de contador, chequeo y sellado?

CONTESTÓ. La canchada no, colocación de caja metálica no, el resane para fijación al muro no, colocación de tubería para alambrado no, la colocación de varilla puesta a tierra no, la instalación de alambrado de la caja hasta la red y hasta el interior de la vivienda: debe complementarse con otra actividad no mencionada aquí y es la conexión de la red, descrita como una actividad que puede ejecutarse sin servicio de energía pero en el momento de la conexión a la red es indispensable el servicio de energía puesto que de ello depende la verificación de la correcta operación del medidor; colocación de aisladores no, los ítems instalación de cápsulas, de contador, chequeo y sellada son simultáneos que requieren del

servicio de energía como actividad previa a la verificación de la correcta operación del medidos y correspondiente recibo por parte del funcionario de empresas. PREGUNTADO. Recuerda si empresas públicas en el pliego de condiciones estaba obligada a suministrar direcciones específicas para las instalaciones de domiciliarias o si por el contrario se advertía que las mismas obedecerían a requerimientos de los usuarios. CONTESTÓ. Para nosotros, al momento de evaluar la propuesta, estudiar los pliegos nos era indiferente la forma como empresas públicas atendía las solicitudes de los usuarios para nosotros como contratistas era claro que deberíamos ejecutar diez mil domiciliarias que correspondían igualmente a diez mil visitas a los usuarios sin que fuera relevante la relación de empresas con ellos. EL APODERADO INSISTE EN LA PREGUNTA. CONTESTÓ. Era claro el objeto del contrato en cuanto al número de domiciliarias y en cuanto a la localización de las mismas, localización que podía ser en cualquier barrio, se aclara del Valle de Aburrá, específicamente no se especificaba zona, ni áreas, ni barrios. PREGUNTADO. Recuerda en la propuesta en Concreto cuál fue la varilla que propuso y si hubo algún problema en el suministro de la misma. CONTESTÓ. (Piensa) Debimos haber propuesto (piensa) varillas marca EMSA o marca ESEA como los únicos fabricantes de ese tipo de varillas en la ciudad (piensa). El hecho de instalar, ofrecer una u otra, de todas maneras fue puesto a consideración de las empresas junto con los demás materiales, por ejemplo: pudimos ofrecer cables facome y finalmente haber instalados cables ESEA GENERAL, en igual forma las muestras y las especificaciones fueron sometidas a consideraciones de la interventoría. PREGUNTADO. Recuerda cuál era el problema que indicaba la empresa en relación con algunas de esas varillas ya que no fueron todas. CONTESTÓ. Recuerdo (piensa) la falta de emergencia de la chaqueta de la varilla, era o fue la observación que en determinado momento se hizo...” (fls. 405 a 409 cdno. ppal. – mayúsculas del original).

2.13. Experticia practicada por el ingeniero electricista Luis Alfonso Londoño, de la cual es importante destacar:

“(…) De esta forma, el porcentaje de incidencia de las actividades que requieren energía para la ejecución completa de una instalación domiciliaria queda reducido al 15%, lo que quiere decir que el 85% de la instalación se pudo haber realizado con ausencia de tensión o sea, sin necesidad de fluido eléctrico.

“Por consiguiente, como los componentes de las actividades que requerían de energía para poderlas llevar a cabo ascendían al 15% podemos ver claramente que éstas se podían ejecutar sin ningún contratiempo en las horas disponibles de energía, sólo era cuestión de reprogramar las diferentes actividades y específicamente las relacionadas con la sellada del medidor y que son las correspondientes a los chequeos.

“Entonces, pudiéndose ejecutar el 85% de las actividades totales durante el periodo de racionamiento diario, se podían tener suficientes domiciliarias listas, pendientes solamente de chequeos, los cuales se podían realizar después de las 2 p.m., sin afectar de forma significativa los recursos dispuestos, ya que estos solamente tomaban aproximadamente 10 minutos por instalación.

“(…) Después de observar los análisis anteriores, solo queda por decir que el factor principal que incidió en los bajos rendimientos y posterior retraso de la obra, fue el mal estimativo que se hizo de los tiempos, lo que se tradujo en un rendimiento en horas para cada instalación domiciliaria muy ajustado y particularmente para la denominada cuadrilla de sellada, lo que se demuestra con el cuadro ilustrativo de folio 92 suministrado por Concreto, donde se puede observar que esta cuadrilla requería en promedio para elaborar la propuesta, y no como se quiere hacer aparecer al señalar que la causa de este incremento de tiempo fue del racionamiento, lo que no corresponde a la realidad ya que las únicas actividades que requerían de energía para poderlas llevar a cabo eran las de los chequeos y de acuerdo a los porcentajes de incidencia por ellos mismos expuestos son del 12% a lo sumo del 15% si incluimos la colocación de los sellos, del tiempo total para la realización de las actividades de la cuadrilla de sellada lo que equivale a 9.5 minutos (tiempo este que está en concordancia con lo expresado por los funcionarios de EPM cuando manifiestan que la sellada propiamente dicha no toma más de 10 minutos).

“Lo anteriormente expuesto se corrobora al hacer un análisis de los tiempos que se tuvieron en cuenta al elaborar la propuesta para la ejecución de cada una de las actividades y que se obtuvieron a partir de la información consignada en el cuadro No. 2 (descripción de actividades para la instalación de domiciliarias, folio 39)...

“(…) Además, otro elemento que contribuyó a una inadecuada evaluación de los rendimientos fue el hecho de no tener en cuenta

un período de tiempo (sic) apropiado para la localización de cada una de las direcciones suministradas por EPM conociéndose de antemano que se encontraban dispersas y más aún cuando el común de las personas tiene un conocimiento muy vago de la nomenclatura, lo cual indudablemente aumentaba el tiempo para la ejecución de una domiciliaria y consecuentemente disminuía los rendimientos.

“Por lo tanto, al disminuir el rendimiento por pareja de trabajadores se hizo ineludiblemente necesario aumentar el número de éstas, y por consiguiente el número de obreros y de cuadrillas, aumentándose en última instancia todos los recursos inicialmente previstos.

“(…) Por todo lo anteriormente expuesto no existe argumento alguno en el racionamiento para justificar los bajos rendimiento que afectaron notoriamente el plazo de ejecución inicial del contrato y por ende tampoco para reclamar sobrecostos por el mismo hecho.

“Por último, no se puede dejar pasar de vista las comunicaciones enviadas por parte de EPM al contratista por los bajos rendimientos y la falta de materiales y herramientas suficientes en la obra (folios 144-149). Además, en el folio 75 literal d) EPM hace referencia al hecho de que se empezó a laborar con solo dos cuadrillas.

“Según el rendimiento calculado de 3.6. instalaciones por día por pareja de trabajadores, se requería al menos acometer el contrato con cuatro cuadrillas.

“2. SOBRECOSTOS POR EFECTO DE LAS INSTALACIONES DESCARTADAS

“Efectivamente como argumenta Concreto a las 1944 matrículas descartadas se les tuvo que adelantar un proceso para su legalización, que aunque no se completó, hubo la necesidad de disponer de recursos para tal fin, por lo tanto es justa esta reclamación.

“De acuerdo con el cuadro No. 4 (instalaciones descartadas-incidencia real de la actividad), folio 40, y en concordancia con lo descrito en el folio 30, se tiene que:

“Valor por instalación descartada: \$1487
“Instalaciones descartadas: 1944 UN
“Valor total por ins. Descartadas \$2´890.728,00

“3. SOBRECOSTOS POR LA DISPERSIÓN DE INSTALACIONES

“(…) Valor total por alta dispersión \$3´975.532,00

“4. SOBRECOSTOS POR LA SUSPENSIÓN EN LA COLOCACIÓN DE LAS VARILLAS COPPERWELD

“(…) Valor total del sobrecosto por la suspensión de las varillas \$1´833.168,00

“6. SOBRECOSTOS POR LA CONTRATACIÓN AUTORIZADA DE UN DESCARTADOR

“(…) Valor total por concepto de descartador \$1´131.922,00

“7. SOBRECOSTOS POR MAYOR ESTADÍA

“Los extracostos por mayor estadía se deben exclusivamente a la mala planeación, ya que la obra estuvo mal planificada desde un comienzo al no evaluar adecuadamente los tiempos, lo que conllevó a unos estimativos de rendimientos muy superiores a los presentados durante la ejecución del contrato, lo que se tradujo en la necesaria extensión en el tiempo del plazo inicialmente asignado...

“8. REAJUSTES

“Atendiendo lo expresado en el folio 224, numeral 2.9. (fórmula de reajuste), correspondiente al pliego de condiciones y especificaciones de la licitación pública Nacional No. 1474 EN que dio lugar al contrato en cuestión, en el cual se expresa que “los

precios del contrato serán reajustados dentro del plazo contractual de acuerdo con la siguiente fórmula...” es claro que lo que es reajutable son los precios unitarios presentados por el contratista en su propuesta, por lo que el reajuste solicitado para los extracostos no es procedente ya que no forman parte constitutiva del contrato.

“9. COSTOS DE MATERIALES NO CONSUMIDOS

“Desde todo punto de vista resulta injustificada la reclamación por materiales no consumidos por la ejecución de las 10.000 domiciliarias contratadas y no ejecutadas en su totalidad por los siguientes aspectos:

“a. Todo contrato a precios unitarios es susceptible del aumento o disminución de las cantidades inicialmente pactadas ya que estas son cantidades aproximadas generalmente obtenidas a partir de un diseño por lo tanto la parte contratante no está obligada a cumplir dichas cantidades.

“b. Ningún contratista adquiere la totalidad de los materiales requeridos inicialmente para una obra primero que todo desde el punto de vista financiero no resulta lucrativo tener inactivo un capital representado en materiales, y segundo porque no se tiene la certeza de la cantidad que realmente se va a utilizar; además, esos volúmenes de mercancía normalmente no están disponibles en el mercado en un momento determinado y muchas veces hay que esperar a que los fabricantes cumplan con los pedidos hechos por los distribuidores; y aunque se hubieren hecho compras parciales, con la proyección que se tenía del contrato y con las pérdidas que estaba generando, no era conveniente bajo ninguna circunstancia comprar materiales de los cuales no se tenía seguridad acerca de su utilización.

“c. Suponiendo que hubieran quedado materiales almacenados, es muy difícil establecer en estos momento qué inventario de materiales quedó en bodega y más aún cuando en ninguna parte del proceso se aportan facturas de compra de materiales por el valor referido por el apoderado de la parte demandante y que corresponden a esa fecha y realizadas por Conconcreto para la ejecución de 10.000 domiciliarias.

“(...) 10. ALQUILER DE BODEGA

“No se considera pertinente el reconocimiento del pago de alquiler de bodega correspondiente a la ampliación del contrato por tres meses, por las mismas razones expuestas en el numeral 7 (sobrecostos por mayor estadía...).

“11. RESUMEN DE LOS EXTRACOSTOS A RECONOCER

“(...) VALOR TOTAL \$11´622.735,00

“12. INDEXACIÓN

“Para el cálculo y obtención del factor de indexación correspondiente al período de tiempo comprendido entre el mes de febrero de 1993 y el mes de abril de 2004, se ofició al Banco de la República...

“(...) VALOR INDEXADO AL MES DE ABRIL DE 2004 = 49´130.463,00.

“(...)” (fls. 432 a 443 cdno. ppal. – mayúsculas y negrillas del original). |

2.14. Aclaración y complementación del dictamen pericial, previa solicitud de la apoderada judicial de EPM, en el que el perito señaló:

“(...) b. Del literal anterior se puede inferir que las EPM al momento de la elaboración de la licitación sabía la cantidad que iba a contratar (10.000 instalaciones), pero esa cantidad no estaba sustentada en solicitudes ya realizadas por los usuarios, sino en una cantidad representada en éstas y la otra en unas proyecciones estimadas, lo que contribuyó a aumentar la dispersión y ocasionó una anarquía al hacer que se atomizaran los recursos dispuestos por el contratista durante la ejecución del contrato.

“(…) Por las razones expuestas es justificado el reconocimiento de extracostos por éste concepto.

“2. ‘EN LOS PUNTOS 4 Y 5 DEL DICTAMEN SOBRECOSTOS POR LA ACTIVIDAD INSTALACIÓN DE CONTADORES Y SOBRECOSTOS POR LA SUSPENSIÓN EN LA COLOCACIÓN DE LAS VARILLAS COPPERWELD

‘Consideramos que estos aspectos NO debieron ser estimados y cuantificados en el dictamen pues no corresponden, ni a una pretensión de la demanda, ni fueron objeto de solicitud en la prueba pericial como puede observarse en el numeral B 1.1. de la demanda.

‘El perito no puede motu proprio (sic) considerar aspectos que no fueron solicitados por las partes en este caso’

“Considero que sí es menester tener en cuenta estos dos aspectos, entre otras por las siguientes razones:

“a. En la página 16 de la demanda dice: ‘este señalamiento cuantitativo se hace como una aproximación, pero en ningún momento para limitar la cuantía de las pretensiones.’

“b. En la página 17 aparece: ‘por lo tanto, como consecuencia de esta declaración condene a las EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, a pagarle a CONCRETO S.A., las sumas que resulten probadas como extracostos por los conceptos señalados en los hechos de la demanda.’

“c. En el folio 99 de la demanda se describe el hecho sexto: ‘efecto de las instalaciones descartadas, y el quinto: ‘dispersión de las instalaciones’ el cual termina en el folio 100.

“(…) e. Por último, en el numeral 1.3. del folio 114 y que hace referencia a la solicitud de un dictamen pericial, se establece lo siguiente: ‘en síntesis los peritos dictaminarán sobre el monto total de los extracostos en que incurrió Concreto, durante la ejecución de los contratos...’

“Por las razones expuestas considero que no se estuvo fuera de contexto al considerar los aspectos cuestionados por la Dra. (...) y reclamados por Concreto, y mucho menos por haber actuado a motu proprio (sic)” (fls. 458 a 461 cdno. ppal. – mayúsculas del documento primigenio).

Las copias simples serán valoradas por la Sala sin limitación alguna, de conformidad con el precedente de unificación contenido en la sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25022², así como de acuerdo con la sentencia de unificación SU-774 de 2013, proferida por el pleno de la Corte Constitucional³.

3. Marco legal y conceptual aplicable

Se confirmará la decisión apelada, con apoyo en el siguiente razonamiento:

Los problemas jurídicos que aborda la Sala, en el asunto *sub examine*, son los siguientes: ¿se presentó un rompimiento del equilibrio financiero del contrato suscrito entre EPM E.S.P. y CONCRETO S.A., cuyo objeto consistió en la instalación de 10.000 domiciliarias de energía en el Valle de Aburrá?, ¿En caso afirmativo, es necesario reestablecer ese equilibrio?

En la demanda se formularon como pretensiones principales, la declaratoria de incumplimiento del contrato No. 3/DJ-253/91 suscrito entre las partes, debido a la ausencia de reconocimiento de unos sobrecostos asumidos por el contratista en la ejecución del negocio jurídico, lo que se traduciría en una ruptura del equilibrio económico del mismo.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25022, M.P. Enrique Gil Botero.

³ Corte Constitucional, sentencia SU-774 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

Sea lo primero, advertir el yerro conceptual en que incurre el apoderado de la sociedad demandante al equiparar o identificar las nociones de incumplimiento y de equilibrio económico o financiero del contrato. Y, si bien, es la misma ley 80 de 1993, la que promueve esa barahúnda, lo cierto es que el trabajo de la jurisprudencia en el último lustro ha estado orientado en hacer énfasis en la distinción entre las dos instituciones, cuyos efectos y consecuencias son disímiles.

En efecto, la ley 80 de 1993, en el artículo 5º determina:

“Artículo 5º.- De los Derechos y Deberes de los Contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º. de esta Ley, los contratistas:

“(…) 1º. 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.**” (Se destaca).

De modo que, mientras que el incumplimiento hace referencia a la desatención intencional o culposa, total, parcial o tardía de las obligaciones y, por ende, de las prestaciones derivadas de un contrato, el restablecimiento de la ecuación económica del contrato tiene que ver con circunstancias o situaciones, externas o internas, que alteran de manera anormal y grave la ejecución del negocio jurídico, haciéndolo excesivamente oneroso para una de las partes.

En efecto, el equilibrio financiero del contrato ha sido definido como *la “(…) la relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de*

obligaciones de este, considerados equivalentes."⁴

Por su parte, la doctrina vernácula entiende la equivalencia económica del contrato como: *"la garantía que el derecho le otorga a la órbita patrimonial del contratista, como un justo límite a la supremacía que ostenta la Administración Pública en sus relaciones jurídicas, como titular del poder de imperium del Estado y gestora del interés público."*⁵ No obstante, la Sala considera muy limitativa la anterior posición, ya que, sin justificación alguna, sostiene que se trata de una garantía que se otorga única y exclusivamente a favor del contratista, en una errada hermenéutica del artículo 4.8 de la ley 80 de 1993, que preceptúa:

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

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

Lo anterior, comoquiera que la equivalencia en las prestaciones –el denominado alea normal– no sólo puede predicarse respecto de uno de los contratantes sino que, por el contrario, se trata de una garantía que opera a favor de cualquiera de los extremos del negocio, en aras de reconocer los principios de justicia y buena fe contractual⁶.

⁴ MARIENHOFF, Miguel. "Contratos Administrativos Teoría General." En tratado de Derecho Administrativo. Tomo III –A, Cuarta Edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Pág. 469.

⁵ ESCOBAR Gil, Rodrigo, "Teoría General de los Contratos de la Administración Pública", Ed. Legis, Bogotá, 2000, pág. 401.

⁶ "Sin embargo ese acuerdo se estructura en unas determinadas y concretas situaciones, que justifican explican y condicionan los términos económicos que se convienen. En tanto esas

Entonces, lejos de tratarse de un derecho del contratista exigible en términos absolutos frente a la administración pública, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato apunta a reconocer la operatividad de ciertos principios o máximas al interior del contrato, tales como: la buena fe, la equidad y la solidaridad, en aras de que el cumplimiento del contrato en unas condiciones en extremo gravosas para una de las partes, no ponga a ese contratante en una situación de evidente injusticia.

En efecto, señala el artículo 27 de la ley 80 de 1993:

“Artículo 27º.- De la Ecuación Contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

“Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. 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.”⁷

En ese orden de ideas, la yuxtaposición entre los conceptos –contenida en la ley– y ahondada por la doctrina, arrojó que se entendiera como un supuesto de

situaciones se mantengan inalterables durante sus ejecuciones económicas se conservarán. Pero la modificación de ellas incluso por hechos no imputables a ninguna de las partes, comporta la alteración de la economía del contrato y el deber, generalmente a cargo del Estado, de recuperar esas condiciones a un nivel semejante al existente al momento del negocio.”

DAVILA Vinuesa, Luis Guillermo “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal”, Segunda Edición, 2003, Ed. Legis, Pág. 489.

⁷ Sobre la materia, el literal c) del artículo 20 del decreto – ley 222 de 1983 establecía: “d) Debe guardarse el equilibrio financiero del contrato, para ambas partes.”

incumplimiento del contrato el hecho de que la entidad no reconociera todos los sobre costos en que hubiere incurrido el contratista, conclusión que a todas luces constituye un error por las siguientes razones:

- i) El equilibrio económico del contrato no es un derecho absoluto del contratista.

- ii) Esa equivalencia financiera se predica respecto de las dos partes contratantes y, por lo tanto, no se trata de un privilegio exclusivo del contratista.

- iii) No puede entenderse de manera tan amplia el equilibrio, que suponga que el contratista no puede sufrir o reportar pérdidas en la ejecución de un contrato estatal.

En otros términos, el alea normal de un contrato, como su nombre lo indica, puede conllevar el hecho de que alguna de las partes no reporte el beneficio o la utilidad que esperaba inicialmente con el negocio jurídico, bien porque la obra o del servicio resultó más oneroso de lo esperado –v.gr. para la entidad contratante–, o porque el contratista tuvo que incurrir en gastos y costos superiores a los proyectados y, por lo tanto, la ejecución del contrato no le reportó la utilidad esperada.

En esa perspectiva, el contrato como instrumento o vehículo para la satisfacción de las necesidades generales o individuales, supone o implica asumir cierto riesgo respecto a la ejecución de las obligaciones, puesto que todo negocio jurídico –con independencia de que el contrato estatal sea conmutativo⁸ y, por ende, se entiendan como equivalentes sus prestaciones– lleva implícito un alea, es decir, cierta suerte o casualidad; en otros términos, según la expresión latina atribuida a Julio César “*alea jacta est*”, la suerte está echada al momento de suscribir y ejecutar un contrato.

⁸ El artículo 1498 del Código Civil preceptúa: “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 una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.”

iv) De modo que, tal y como lo plantea Marienhoff, la ecuación (equivalencia – igualdad) implícita en el contrato estatal, se relaciona con el deber que tienen las partes de soportar, a su propio costo y riesgo, el alea normal del negocio jurídico, no así el anormal, cuyas consecuencias deben ser atenuadas con apoyo y fundamento en el principio de “justicia conmutativa” que da lugar a predicar una equivalencia honrada (*équivalence honnête*) a partir del contrato estatal, según el fallo del 21 de marzo de 1910 del Consejo de Estado Francés, No. 16178 (*Ministre des Travaux Publics vs. Compagnie Générale Française des Tramways*)⁹.

En esta ocasión, el Consejo de Estado Francés tuvo oportunidad de pronunciarse sobre los efectos generados en virtud de la mutabilidad del contrato administrativo, en virtud de circunstancias sobrevinientes atribuibles a la entidad contratante, razón por la que se acogió la opinión del Comisario de Gobierno León Blum, quien puso de presente la necesidad de que los negocios jurídicos tuvieran una equivalencia técnica, económica y financiera.

v) La jurisprudencia reciente de esta Corporación ha insistido en la necesidad de distinguir entre los dos conceptos jurídicos, comoquiera que no tienen idénticos fundamentos ni consecuencias. En efecto, sobre el particular, la Subsección A de esta misma Sección ha razonado de la siguiente forma¹⁰:

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

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

⁹ Cf. MARIENHOFF, Miguel S. Ob. Cit. Pág. 471.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de septiembre de 2013, exp. 30571, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

en cuenta al momento de su celebración¹¹.

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

“Realizadas las anteriores precisiones conceptuales en torno a la figura del restablecimiento del equilibrio económico, conviene agregar que el tratamiento jurisprudencial en torno al tema de incumplimiento contractual, como causal generadora de la ruptura de dicho equilibrio económico, ha sido pendular en cuanto en algunas oportunidades se han adoptado posturas encaminadas a aceptar su ubicación en el terreno de la responsabilidad contractual¹², entendiéndose así la inobservancia del contenido obligacional de uno de los extremos contratantes como causa eficiente de dicho quebranto, mientras que en otras tantas se ha hecho y se ha mantenido la distinción para efectos de identificar el equilibrio económico y su ruptura como un fenómeno ajeno por completo a las nociones de incumplimiento y/o de responsabilidad contractual¹³.

¹¹ HOYOS DUQUE, Ricardo. “El Equilibrio Económico del Contrato Estatal: La Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Propuesta de Reforma a la Ley 80 DE 1993”. Artículo en “Contratación Estatal: Aspectos Controversiales – Memorias IV Jornadas de Contratación Estatal”. Compilador Felipe De Vivero Arciniegas. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Ediciones Uniandes. Bogotá, D. C. Septiembre de 2007. Página 103.

¹² Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia del 15 de febrero de 1999, Exp. 11194, C.P Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 21 de junio de 1999, Exp. 14943, C.P Daniel Suárez Hernández; sentencia del 31 de agosto de 2011, Exp.18080, C.P Ruth Stella Correa Palacio.

¹³ Sobre el particular pueden leerse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 26 de febrero de 2004, Exp: 14043, C.P Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 4 de septiembre de 2003, Exp. 10883, C.P Alier Hernández Enríquez; sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

“Al respecto cabe agregar esta disparidad en modo alguno ha obedecido al arbitrio del fallador, sino que puede explicarse en cuanto ha sido la misma legislación la que quizá sin propiedad o de manera equívoca sobre la materia, se ha ocupado de generar la confusión en cuanto ha identificado el incumplimiento contractual como una de las causas generadoras de la ruptura del equilibrio económico del contrato, tal como lo refleja el tenor literal del numeral primero del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 en cuanto establece que *“si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”*.

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

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

“Muy por el contrario, cuando se examina el incumplimiento de uno los extremos del negocio jurídico por razón de la inobservancia o del cumplimiento tardío o defectuoso del contenido obligacional de aquellas estipulaciones que de manera libre, voluntaria y vinculante acordaron las partes al tiempo de su celebración, naturalmente ello debe realizarse desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, lo que a la postre faculta al otro contratante, siempre que hubiere cumplido con las obligaciones a su cargo o que hubiera estado dispuesto a satisfacerlas en la forma y tiempo debidos, para que, en sede judicial, pueda solicitar la resolución del respectivo vínculo negocial o su cumplimiento, en ambas opciones con la correspondiente indemnización de los perjuicios causados o incluso,

si a ello hubiere lugar, autoriza a la entidad estatal contratante para sancionar al contratista particular incumplido mediante la declaratoria de caducidad administrativa del contrato¹⁴, o para declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato, tal como lo dispone el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, normativa que encuentra antecedente positivo en los artículos 71 y 72 del entonces vigente Decreto-ley 222 de 1983.”

Por consiguiente, resulta indefectible o inexorable distinguir no sólo las instituciones del incumplimiento respecto del equilibrio económico del contrato, sino también su fundamento, consecuencias y repercusiones para las partes. Lo anterior, comoquiera que el incumplimiento supone la configuración de una responsabilidad patrimonial del Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, para lo cual es preciso que se demuestren o acrediten los elementos de la misma, esto es, la existencia de un daño antijurídico y la imputación –fáctica y jurídica– al Estado.

Sobre el particular, esta misma Sala ha sostenido:

“De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, el artículo 90 superior contiene el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado –en todas sus formas y modalidades–.

“(…) En esa perspectiva, la responsabilidad patrimonial contractual de la organización pública se encuentra estructurada, de igual forma, sobre la noción de daño antijurídico, así como en la de imputación del mismo en cabeza de la administración¹⁵.

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

¹⁵ Sobre el particular, el Consejo de Estado de vieja data –en materia contractual– ha puntualizado: “Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo al Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño...”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1993, exp. 8163, M.P. Juan de Dios Montes H.

“Por lo tanto, el incumplimiento de la administración pública, en aras de que se genere el resarcimiento de los daños irrogados al contratista, requiere que se acredite, en primer lugar, la configuración de un daño (**afectación o alteración negativa a un interés legítimo o situación jurídicamente protegida**) que sea personal, cierto, determinado o determinable, y que no se esté en la obligación jurídica de soportar, es decir, que sea antijurídico.

“De igual forma, la imputación o atribución de esa lesión –la imputación– tendrá que verificarse en dos planos: i) el fáctico, comoquiera que el daño tiene que tener origen en un comportamiento activo u omisivo de la administración contratante en la celebración o ejecución del negocio, y ii) el jurídico, que supone la verificación de un fundamento normativo de la responsabilidad, el cual, tratándose de la responsabilidad contractual del Estado puede hallarse en el desconocimiento de los principios de buena fe o de reciprocidad de las prestaciones mutuas, así como en el factor subjetivo de la culpa de la administración.

“En efecto, no debe perderse de vista que de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, el contrato constituye una ley para las partes, circunstancia por la que las prestaciones a las que están obligadas –contratante y contratista– son de estricto cumplimiento, al igual que los deberes legales que impone el legislador –de manera preponderante– en cabeza de la administración pública, especialmente en la etapa de selección en virtud del principio de planeación contractual, así como en las etapas contractual y poscontractual cuando se trata del ejercicio de potestades o cláusulas exorbitantes.

“Existe la tentación inicial de interpretar al art. 90 de la C.P. / 91 como consagratoria de la responsabilidad objetiva del Estado; la paulatina decantación de la jurisprudencia de la Sala conduce, sin embargo, a concluir, por una parte, que esta norma, de rango constitucional, es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, tratase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual; y, por otra, en cuanto a esta última se refiere, que son dos los elementos basilares que la comprometen: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado. Del daño antijurídico ha dicho la Sala en varias providencias cuyo apoyo se ha buscado en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, que equivale a la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en la obligación de soportar; de esta manera, se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo, constituyendo un elemento estructural del daño indemnizable y objetivamente comprobable.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1993, exp. 8118, M.P. Juan de Dios Montes H.

“De allí que, el desconocimiento de las obligaciones por parte de la administración pública, tratándose de la ejecución de un contrato estatal, pueden provenir del incumplimiento de dos tipos de prestaciones, cuyo fundamento es disímil, bien (i) porque pueden estar apoyadas directamente en el contrato, o (ii) porque se tratan de deberes exigidos en la ley, luego la relación con el texto contractual es indirecta.

“En el primer supuesto, el incumplimiento como ya se precisó, puede tener su génesis en: i) la mora en la obligación, ii) el incumplimiento total o parcial, y iii) el cumplimiento defectuoso de la prestación.

“De modo que, en los términos del artículo 1603 del Código Civil, aplicable a los contratos estatales en virtud del principio de integración normativa del artículo 13 de la ley 80 de 1993¹⁶, las partes no sólo se obligan a lo expresamente pactado, sino también a los deberes o mandatos que se desprenden del acuerdo contractual, de la naturaleza de la obligación y de la ley (principio de buena fe objetiva).

“En ese orden de ideas, para que opere la responsabilidad contractual del Estado es imprescindible que se constate o verifique la existencia de un daño antijurídico por parte del contratista –el cual puede estar referido a la afectación negativa del interés legítimo que se persigue con el negocio jurídico– y la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración contratante, por medio de la acreditación del desconocimiento de los principios de buena fe, de reciprocidad de las prestaciones contractuales, y de la culpa de la administración.”¹⁷

Ahora bien, el hecho de que la institución del equilibrio económico del contrato no

¹⁶ **Artículo 13º.-** *De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales.* Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.

“(…)”

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 11 de julio de 2013, exp. 25254, M.P. Enrique Gil Botero.

sea equiparable al incumplimiento, no significa que no se pueda establecer quién debe soportar, tolerar o, incluso, restablecer el desequilibrio o la ruptura de la ecuación económica del contrato.

En efecto, según se ha establecido por la doctrina y la jurisprudencia extranjeras y nacionales, el equilibrio económico y financiero del contrato puede tener su génesis u origen en las siguientes:

- i) Circunstancias imputables o atribuibles a la administración contratante a partir de potestades derivadas del propio contrato.
- ii) Circunstancias imputables o atribuibles al Estado, en virtud de su *imperium*.
- iii) Circunstancias externas y ajenas a los contratantes.

i) Circunstancias imputables o atribuibles a la administración contratante

En estos eventos, el desequilibrio de la ecuación económica o financiera se desencadena del ejercicio de un poder exorbitante o una cláusula excepcional al derecho común por parte de la administración contratante.

Se trata de aquellos escenarios en los que –en el ejercicio legítimo y lícito– de una cláusula excepcional el contrato termina impactado en su ecuación financiera, circunstancia por la que es imperativo que se reequilibre, toda vez que el contratista no se encuentra compelido u obligado a soportar ese hecho.

El fundamento normativo del equilibrio en este tipo de situaciones, se itera, no se deriva del incumplimiento del contrato (dolo o culpa), sino que, por el contrario, ese basamento se halla en el principio de justicia conmutativa.

Si se atiende a una de las nociones más completas de contrato estatal, elaboradas por la doctrina autorizada sobre la materia, éste consiste en: *“todo negocio jurídico, de contenido económico, consecuentemente oneroso, celebrado, por*

regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad, en aras del interés público o general, en el cual una de las partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones administrativas en los términos de la ley o cualquier otra persona que involucre en el mismo recursos públicos, y en razón del cual se generan, de manera discrecional, ponderada, proporcional y previsiva, obligaciones por regla general, recíprocas, de dar, hacer o no hacer alguna cosa entre las partes intervinientes, construyendo, regulando o extinguiendo entre ellas relaciones jurídicas patrimoniales individuales no generales, debidamente planificadas, obligaciones que se miran como equivalentes conforme a las previsiones objetivas iniciales acordadas por las partes al momento de proponer o de contratar.”¹⁸

Por consiguiente, el sinalagma funcional del contrato estatal, esto es, la correspondencia o equivalencia objetiva que se presenta en las prestaciones en los contratos conmutativos –como lo es el contrato estatal– puede verse afectada por hechos imputables a la administración contratante, sin que esa circunstancia conlleve la configuración de una responsabilidad contractual del Estado, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

De modo que, si bien los contratos –incluidos los contratos estatales– parten de la aplicación del principio *pacta sunt servada*, según el cual lo pactado es obligatorio, lo cierto es que la propia ley 80 de 1993, marco normativo del contrato estatal, ha sostenido la aplicación implícita o tácita de la máxima del *rebus sic stantibus*, es decir, “estando así las cosas”, lo que implica que una modificación significativa de las condiciones primigenias del contrato puede generar dos consecuencias jurídicas: i) la imposibilidad de cumplimiento en virtud de una fuerza mayor o caso fortuito y, por lo tanto, la exculpación, o, ii) el desequilibrio financiero o económico del contrato que suponga una revisión del mismo¹⁹.

¹⁸ SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”. En: Revista Digital de Derecho Administrativo, No. 1 de 2009, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 13.

¹⁹ “Al respecto, la doctrina, jurisprudencia y legislación comparada no es unánime. De antiguo las soluciones oscilan ya entre la primacía absoluta de la obligatoriedad, perennidad e intangibilidad del contrato, su revisión, adaptación, modificación, reforma o reajuste admisible por equidad, bien su terminación. Empero, la orientación mayoritaria contemporánea favorece la revisión, al repugnar

En consecuencia, como se advierte, la simetría y asimetría contractual es un problema de vieja data respecto del cual se han ofrecido diversas soluciones, inclusive desde el derecho romano; en efecto, en un comienzo el riesgo o el peligro sobre la cosa (*periculum*), se definía en atención a la propiedad o a la acreencia, para definir quién debía soportar o tolerar la pérdida de la cosa debida, de modo que se establecieron reglas especiales que han llegado inclusive hasta nuestras codificaciones civiles, normativa entre la que existen diversidad de disposiciones que determinan el sujeto contractual que debe sobrellevar la pérdida de la cosa debida, ejemplo de ello es el inciso segundo del artículo 1604 del Código Civil colombiano, que establece: *“el deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado la cosa debida, si hubiere sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa...”*

Ahora bien, la modernidad es el reflejo de la sociedad del riesgo, es decir, las nuevas tecnologías, la ampliación de las relaciones contractuales y la globalización tiene como consecuencia que diversas circunstancias de tiempo, modo y lugar puedan afectar o impactar, de manera significativa y grave, la economía del contrato y, por consiguiente, el sinalagma funcional que se desprende de los negocios jurídicos conmutativos, es decir, en aquellos cuyas prestaciones se determinan como equivalentes. Este proceso de modernidad y posmodernidad en la órbita contractual, fue puesto de presente por el reconocido profesor y tratadista Fernando Hinestrosa, quien sobre el particular puntualizó:

“la incertidumbre política, económica, financiera del mundo actual y, en especial, de algunas regiones, sumada a la universalización de las relaciones, cada día más intensa, y a las transformaciones veloces de la ciencia y de la tecnología, despierta más inseguridad y menos confianza en la estabilidad de la base económica de los

a la conciencia jurídica el mantenimiento rígido del desequilibrio con las lesivas secuelas y ventajas exageradas e inesperadas del nuevo estado de cosas, a contrariedad de la simetría contractual.

“Las razones son múltiples, variadas y reconducen a la buena fe, justicia y equidad cuanto línea de conducta en la vida de relación...” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 21 de febrero de 2012, exp. 2006-537, M.P. William Namén Vargas.

contratos de larga duración.”²⁰

En esa perspectiva, en los casos en que el desequilibrio se deriva del ejercicio de una potestad (*potestas*) a cargo de la administración contratante es imperativo que no sólo se asuma el costo del desequilibrio –en términos de costos y gastos superiores a los proyectados por el contratista– sino que, de igual forma, se garantice la utilidad esperada.

En esta categoría se enmarcan entre otros –sin que sea del caso estudiarlos de manera individual por no resultar aplicables al caso concreto– el *ius variandi* del negocio jurídico, la modificación e interpretación unilateral del contrato.

ii) Circunstancias imputables o atribuibles al Estado, en virtud de su imperium

Otra de las formas en que es posible que la ecuación matemática y financiera de un contrato estatal se vea afectada o alterada, es a través de la expedición de leyes o actos administrativos de contenido general que son proferidos por la administración pública en ejercicio del poder público y, por lo tanto, reflejan actos de imperio (*imperium*) como por ejemplo los impuestos, las tasas o las contribuciones.

Y, si bien, podrían ser normas o disposiciones adoptadas por la misma entidad contratante los mismos: i) no están encaminados a modificar un contrato o convenio interadministrativo en particular, y ii) no se profieren con apoyo en el contrato estatal, sino por el contrario, en el orden jurídico.

Ahora bien, en el derecho vernáculo la doctrina y jurisprudencia mayoritaria han efectuado una distinción, para señalar que los eventos de desequilibrio generados

²⁰ HINESTROSA, Fernando “La revisión del contrato”. En: *Rapport général* elaborado para las *Journées Brésiliennes* de la *Association Henri Capitant*, Rio de Janeiro - Saô Paulo, 23 - 27 mayo 2005.

a partir de un acto de imperio expedido por la entidad contratante son los únicos que se enmarcan dentro de la denominada teoría del hecho del príncipe (*fait du prince*) (tesis *strictu sensu*) y, por consiguiente, son los únicos supuestos en que el restablecimiento de la ecuación financiera no sólo comprende los costos y gastos en que incurrió el contratista, sino, de igual forma, la utilidad esperada.

A *contrario sensu*, si la decisión administrativa que impactó el contrato de manera negativa fue proferida por una entidad estatal distinta a la contratante, será aplicable la teoría de la imprevisión, de conformidad con las consecuencias que de la misma se desprenden, tal y como se analizará en el acápite siguiente, esto es, supuestos en los que la economía del contrato se altera en virtud de un hecho externo a las partes contratantes.

En efecto, en reciente decisión esta misma Sala discurrió sobre la materia en los siguientes términos:

“Se ha reconocido que el equilibrio económico de los contratos que celebra la administración pública puede verse alterado durante su ejecución por las siguientes causas: por actos de la administración como Estado y por factores externos y extraños a las partes. El primer tipo de actos se presenta cuando la administración actúa como Estado y no como contratante. Allí se encuentra el acto de carácter general proferido por éste, en la modalidad de ley o acto administrativo -hecho del príncipe-; por ejemplo, la creación de un nuevo tributo, o la imposición de un arancel, tasa o contribución que afecten la ejecución del contrato. Y en los factores externos, se encuentran las circunstancias de hecho que, de manera imprevista, surgen durante la ejecución del contrato, ajenas y no imputables a las partes, que son manejadas con fundamento en la teoría de la imprevisión. (...) Sólo resulta aplicable la teoría del hecho del príncipe cuando la norma general que tiene incidencia en el contrato es proferida por la entidad contratante. Si la misma proviene de otra autoridad, se estaría frente a un evento externo a las partes que encuadraría mejor en la teoría de la imprevisión. (...) La norma debe ser de carácter general y no particular, pues de lo contrario se estaría en presencia del ejercicio de los poderes exorbitantes con los que cuenta la administración en el desarrollo del contrato (particularmente el *ius variandi*) y no frente al hecho del príncipe. El contrato debe afectarse en forma grave y anormal como consecuencia de la aplicación de la norma general; esta teoría no

resulta procedente frente a alteraciones propias o normales del contrato, por cuanto todo contratista debe asumir un cierto grado de riesgo. (...) La expedición de la norma debe ser razonablemente imprevista para las partes del contrato; debe tratarse de un hecho nuevo para los contratantes, que por esta circunstancia no fue tenido en cuenta al momento de su celebración. En cuanto a los efectos derivados de la configuración del hecho del príncipe, demostrado el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, como consecuencia de un acto imputable a la entidad contratante, surge para ésta la obligación de indemnizar todos los perjuicios derivados del mismo. Como puede observarse, hay diferencias entre la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe, puesto que mientras en el primer evento se presenta una circunstancia ajena a la voluntad de las partes contratantes, en el segundo el acto general proviene de una de ellas, de la entidad pública contratante.”²¹

Y, si bien, existe un sector de la doctrina y la jurisprudencia que aboga por una modificación del criterio jurisprudencial, en aras de que se adopte la tesis amplia o *lato sensu* del hecho del príncipe, lo cierto es que hasta la fecha el criterio imperante ha sido aquel según el cual para la configuración de esta teoría, que genera o introduce un alea administrativo al contrato estatal y, por lo tanto, termina afectándolo en su fórmula o ecuación financiera, es preciso que la entidad que haya proferido el acto de contenido general y abstracto sea la misma administración contratante.

En efecto, sobre el contenido y alcance del hecho del príncipe como supuesto que produce el desequilibrio de un contrato estatal, es importante traer a colación la opinión de Laubadère, para quien existen dos tipos aproximaciones a qué se entiende por “autoridad pública” para efectos de delimitar el hecho del príncipe, una amplia y una restringida. En la primera, el *fait du prince* supone toda intervención de cualquier entidad estatal en ejercicio de poder público, bien que se trate de ramas del mismo o de órganos autónomos e independientes; por el contrario, en la segunda circunscrito el ejercicio de ese poder a la entidad contratante, esto es, la autoridad pública con la cual se celebró el contrato²².

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 24020, M.P. Enrique Gil Botero.

²² Cf. LAUBADÈRE, André de “Traité théorique et pratique des contrats administratifs”, Tomo III, Ed. LGDJ, 1984, pág. 24 a 33.

Esta misma postura ha sido asumida por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, desde la célebre decisión del 30 de marzo de 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, oportunidad en la que se efectuó la diferencia entre el hecho del príncipe (*fait du prince*) y la teoría de la imprevisión (*théorie de l'imprévision*) para efectos de establecer los requisitos, características y consecuencias de cada instrumento jurídico, en relación con la economía del contrato, circunscribiendo la primera a los actos de contenido general y abstracto que profiere la entidad contratante, y que introducen un alea administrativo que incrementa de manera significativa el costo de ejecución del contrato.

iii) Circunstancias externas y ajenas a los contratantes

Por último, el sinalagma funcional que se desprende del contrato estatal se puede ver afectado por una última circunstancia, que es ajena y, por lo tanto, externa a las partes contratantes, razón por la que se trata de sucesos, situaciones o decisiones de contenido general y abstracto que son externas a las partes, que se materializan o concretan con posterioridad a la celebración del contrato, y que alteran de manera significativa, de forma anormal y grave, la economía o ecuación financiera del contrato.

Este tipo de escenarios son los que configuran la llamada teoría de la imprevisión, y que, por lo tanto, permite también predicar la ruptura del equilibrio contractual, en virtud de situaciones extrañas al comportamiento de los sujetos contratantes, pero que en virtud de su imprevisibilidad impactan de manera importante la economía del contrato, bien porque su ejecución se torna muy onerosa para el contratista o porque una situación específica pone en desequilibrio manifiesto a la entidad contratante, lo que impide que honre –en los términos originalmente pactados– las obligaciones y prestaciones que se desprenden del contrato.

Ahora bien, como lo precisa el reconocido profesor Jean Riveró²³, requieren de la verificación de tres requisitos o condiciones: i) que los contratistas no hayan podido razonablemente prever los hechos que trastornan la ejecución del contrato, dado su carácter excepcional (guerra, crisis económica grave, etc.), ii) estos

²³ Cf. RIVERÓ, Jean "Derecho Administrativo", Ed. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pág. 142.

hechos deben ser independientes a su voluntad, iii) esas circunstancias deben provocar un trastorno de las condiciones de ejecución del contrato. La desaparición del beneficio de los contratantes, la existencia de un déficit, no son suficientes: hace falta que la gravedad y la persistencia del déficit excedan lo que el cocontratante haya podido y debido razonablemente prever.

En relación con la teoría de la imprevisión, su relación con el contrato o negocio jurídico, los fundamentos filosóficos y jurídicos de la figura, efectos y consecuencias, así como la regulación en del derecho comparado, la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido con especial *sindéresis*, lo siguiente que por su pertinencia se cita *in extenso*²⁴:

“La doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* (estando así, conservar la situación de las cosas), fundada en la estrecha conexión lógica del contrato con la situación de hecho existente al celebrarse, postula la implícita inclusión en su contenido de una condición necesaria, esencial, fundamental e imprescindible para el cumplimiento, atañedora a la permanencia constante del marco de circunstancias fácticas o jurídicas, o estado de cosas primario, a cuya invariabilidad sujeta su obligatoriedad, y aún cuando, hay distintas posturas acerca de su exacto origen, suele atribuirse a la escuela del derecho medieval inspirada en las fuentes romanas...

“En particular, Bartolo de Sassoferrato, vincula *rebus sic se habentibus* a las renunciaciones (R. Feenstra, *Impossibilitas and clausula rebus sic stantibus*, en *Daube Noster*, Edinburgh-London, 1974, 84 y n-76; G. Osti., voce *Clausola “rebus sic stantibus”*, en *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, 1959, 34 ss; ID., *La così detta clausola <<rebus sic stantibus>> nel suo sviluppo storico*, en *Riv. dir. civ.*, 1912), Baldo de Ubaldis (1327-1400) a las promesas (“*potest* se entiende ‘*rebus sic se habentibus*’ y las promesas ‘*rebus sic se habentibus*’; R. Cardilli., <<*Bona fides*>> *Tra storia e sistema*, Torino, Giappichelli, 2004, 157, 158 ss; ID., *Imprevisión y peligros contractuales en el sistema jurídico romanista*”, en AA.VV., *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, II, pp. 253 ss) y Jasón de Mayno (1435-1519) a las disposiciones de última voluntad (*in dispositione legum intelligitur clausula rebus sic se habentibus*), contratos,

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 21 de febrero de 2012, exp. 2006-537, M.P. William Namén Vargas.

privilegios, y juramentos (*Adde quod ista clausula etiam intelligitur in ultima voluntate...Eodem modo dic in contractibus...Idem in privilegiis...Idem in iuramento*); Alciato, reafirma la obligatoriedad del vínculo, excepto “cuando sobreviene un acontecimiento imprevisto y que las partes no han podido entrever su eventualidad” y diferencia el *actum dependente ex voluntate unius* o *ex voluntate duorum*; Coccejus, estimó vano el cambio sobrevenido, salvo en *pertineat ad substantiam negotii*; Layser la afirmó, y Grocio (*iusnaturalismo laico*; *De iure belli ac pacis libri tres In quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur*: 1939, Lib. II cap. XVI §§ 22 y 25), la protestó ciñéndola a los asuntos donde la condición tácita (*‘si res maneat quo sunt loco’*) del estado de cosas primigenio, fuera la razón fundamental del *promissor* para contratar, y cesara (*rationis cessatio*), según la interpretación de la voluntad del promitente (R. Cardilli, <<*Bona fides*>> *Tra storia e sistema*, Torino, Giappichelli, 2004, 158 ss).

“El *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756), §4.15.12, incorporó la *cláusula rebus sic stantibus*, tácita y relevante en todo contrato si los cambios son poco fácil de prever, ocurren sin mora, hecho o culpa debitoria y sea tal su naturaleza que de haberse conocido con la honestidad y desinterés de las personas inteligentes no se habría consentido, y remitió al juez valorar en el campo jurídico la extinción o reducción proporcional del desequilibrio sobrevenido. L’*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, [1794], I.5, §377-384, y L’*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (A.B.G.B.) de Austria (1811, §936), establecieron mayores exigencias.

“A fines del siglo XVIII y principios del XIX, surge una tendencia estricta y cuestiona la cláusula por desconocer la fuerza obligatoria del contrato con la ficción de la inalterable pervivencia de exactas circunstancias a las existentes al contratar.

“El *common law*, confiere considerable importancia a la intangibilidad del contrato, cuyo cumplimiento (*performance*) es su modo extintivo, en particular, del contraído por un intercambio de promesas (*bilateral contract, a promise for a promise*) y desarrolla la doctrina de la frustración (*doctrine of frustration*), determinante de su terminación (*termination*) *ipso jure* con efectos liberatorios (*discharge*) ante la imposibilidad de lograr su función en virtud de sucesos externos.

“En la jurisprudencia inglesa es paradigmático el caso *Paradine v.*

Jane (1647), Aley 26, reforzando el cumplimiento del contrato, aún en situación de imposibilidad objetiva en cuanto ésta debió pactarse expresamente, rigor atenuado en *Atkinson v. Ritchie* (1809) 10 East 530, 534, al reconocer la liberación por causas sobrevenidas inimputables en razón de una cláusula implícita, en *Taylor v. Caldwell* (1863) 3 B. & S. 826, *Court of Queen's Bench*, extendiéndola no sólo a la imposibilidad por destrucción física de la cosa debida desde la perspectiva de una condición tácita (*implied condition*) integrante del contenido contractual, sino a la cesación “del estado de cosas que las dos partes contratantes asumieron como el fundamento del contrato”, bastando “si un estado de cosas o condición expresada en el contrato y esencial para su cumplimiento se destruye o deja de existir en ese momento” (*Krell v Henry*, [1903], 2 K.B, 740, c.1903), hasta formular la *doctrine of frustration* por imposibilidad de alcanzar su función ante sucesos externos sobrevenidos que hagan ilícito, imposible o inútil cumplirlo, por cambios normativos ulteriores (*Denny, Mott and Dickson, Ltd. v. Fraser and Co. Ltd.* [1944] A.C. 265), ora decisión (*interference*) de la administración pública (*Ertel Bieber and Co. v. Rio Tinto Co., Ltd.* [1918] A.C. 260), bien destrucción física o deterioro funcional grave del objeto (*Asfar and Co. v. Blundell* [1896] 2 K.B. 126), o del medio para cumplir la prestación (*Nickoll and Knight v. Ashton, Edridge and Co.* [1901] 2 K.B. 126), muerte e incapacidad del obligado (*Whincup vs. Hughes* [1871] L.R. 6 C.P. 78); *Robinson v. Davison* [1874], L.R. 9 Q.B. 462. *Krell v. Henry* [1903] 2 K.B. 740). La doctrina, *ab initio* fue entendida como desaparición posterior de términos implícitos (*implied terms*), objetiva o subjetivamente; luego, en tanto medio justificativo de la intervención judicial para solucionar razonablemente la situación conforme a la equidad (*Just and reasonable solution theory*) o causa determinante de desaparición del fundamento del contrato (*disaperance of the foundation of the contract*), y hoy, en la común opinión, en cuanto cambio radical de la obligación (*radical change in the obligation*) de acuerdo con la reconstrucción de la promesa (*true contruction*) al instante de su celebración, la función económica y los efectos de los hechos en términos tales que el cumplimiento sea radical o fundamentalmente diferente (*radically or fundamentally different in a commercial sense*) y alteren la naturaleza fundamental del contrato (*fundamental nature of the contract*).

“El sistema norteamericano, propende una solución justa y equitativa más acorde a los estándares del tráfico jurídico partiendo de la naturaleza vinculante e intangible del contrato para desarrollar la imposibilidad (*impossibility of performance*), la “impracticabilidad” (*doctrine of impracticability*) y la “frustración del propósito” (*frustration of purpose*). La *Section 2-615, ‘Excuse by Failure of Presupposed Condition’* del *Uniform Commercial Code* (UCC)

adoptado en los Estados, salvo Louisiana, contempla la *commercial impracticability*, especie de imposibilidad económica cuando la prestación es "*impracticable*" por un hecho cuya no verificación (*non-occurrence*) es presupuesto implícito del contrato (*basic assumption*), y el *comment* 6, refiere a su adaptación por el juez cuando en el marco de circunstancias, la justicia y equidad contractual lo exigen según los estándares comerciales y la buena fe. No basta una desproporción cuantitativa o de valor de las prestaciones, requiérese un cambio esencial de su naturaleza (*change in the essential nature of contractual performance*).

“La jurisprudencia de la Corte de Casación Francesa, a falta de norma abstracta explícita en el *Code civil des Français* (21 de marzo de 1804) amparando el *pacta sunt servanda* desde el *arrêt* de 6 mars 1876, *l'affaire Canal de Craponne* (en DP, 1876, I, 195, 193), descarta la *théorie de l'imprévision* porque el artículo 1134 del *Code*, a cuyo tenor el contrato es ley para las partes, “*es un texto general y absoluto*”, “*en ningún caso, corresponde a los tribunales, por equitativo que pueda parecerles su decisión, tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones de las partes y sustituir con unas nuevas las cláusulas libremente aceptadas por los contratantes*”, aunque en algún caso ha condenado a la indemnización de perjuicios por la negativa del acreedor a revisar el contrato cuando genera la ruina del deudor por vulnerar la buena fe (*arrêt Huard*: Cass. comm., 3 novembre 1992, en Bull. civ. IV n° 338), o disuelto el vínculo por equidad (Cass. Soc., 13 février 1958, en Bull. Civ., IV, n. 230, 160; Cass. Soc. 16 mai 1958, en Bull. Civ., IV, n. 574, 427), ilicitud prestacional sobrevenida por *factum principis*, y pérdida parcial de la causa (Cass. Soc. 17 juin 1981, en Bull. Civ., n. 568, 426).

“(…) El derecho alemán, de tiempo atrás, aceptó la revisión del contrato. La jurisprudencia sostenida en el principio de la buena fe (*Treu und Glauben*) ex §§ 157 y 242 BGB, desde la primera conflagración mundial, la reconoció por desaparición sobrevenida imprevisible de la base primaria del negocio, al no avenirse a las buenas costumbres, el derecho y la justicia sujetar al afectado en las condiciones alteradas.

“WINDSCHEID, elabora la doctrina subjetiva de la presuposición (*Voraussetzung*), una “*condición no desarrollada*” (*unentwickelte Bedingung*), ni expresada e implícita (*Zur Lehre des Code Napoléons von Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1847, 270-297) bajo la cual las partes declaran su

voluntad, “*aquello sin lo cual no se habría querido*” (*Voraussetzung ist eben nicht dasjenige, weswegen man gewollt hat, sondern dasjenige, ohne welches man nicht gewollt haben würde*; *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1859; ID., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1879), y sujetan el efecto jurídico deseado al mantenimiento de cierto estado de cosas, situación fáctica o de derecho, circunstancias determinantes e influyentes (*Bestimmungsgrund*) de la declaración. OERTMANN, postuló la teoría de la base negocial (*Geschäftsgrundlage*), referida no al designio individual del contratante, sino a la común representación de una realidad fundamental, estado de cosas existente al celebrar el acto dispositivo que se inserta en su contenido con relevancia en la finalidad procurada por ambas partes, y así consideradas (*Die Geschäftsgrundlage: ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, W. School, 1921).

“Tan influyentes ideas, originan las concepciones de la base negocial subjetiva (*subjective Geschäftsgrundlage*), el conjunto de representaciones inductivas del acto, cuyas deficiencias se tratarían en los vicios sobre los motivos, y la base negocial objetiva (*objective Geschäftsgrundlage*), circunstancia cuya existencia según la intención de las partes es necesaria para la del contrato, y cuya anomalía se depuraría en la disciplina de la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

“Se distingue entonces la desaparición sobrevenida de la equivalencia económica prestacional (*Aequivalenzverstörung*), la imposibilidad sobrevenida (*nachträglichen Unmöglichkeit*), objetiva y subjetiva (*Unmöglichkeit* y *Unvermögen*), la inexigibilidad de la prestación (*Unzumutbarkeit*, *Unerfüllbarkeit*), la ‘inaccesibilidad de la prestación’ (*Unerschwindlichkeit*), la cesación del deber de prestación (*Ausschluss der Leistungspflicht*), la imposibilidad económica (*Wirtschaftliche Unmöglichkeit*) por hechos naturales o estado actual del conocimiento cultural, técnico o científico (*naturnotwendige Unmöglichkeit*), la imposibilidad jurídica (*rechtliche Unmöglichkeit*), la perturbación de la finalidad (*Zweckstörung*), el cambio relevante o modificación sustancial entre la celebración y el cumplimiento (*wesentliche Aenderung*), la distribución legal o negocial de los riesgos (*Risikoverteilung*), su imputación a quien tiene el control de la fuente del riesgo y puede evitar el daño (*Abwendbarkeitsprinzip*), o al propietario que debe asumir sus costos por poder asegurarlos (*Absorptionprinzip*), o al acreedor de la prestación *in natura*, deudor de la prestación onerosa en exceso (*Arbeitsteiligen Veranlassung*) o según previsión o la

práctica, escinde del contenido (*Vertragsinhalt*) la alteración, y la perturbación, irregularidad o anomalía en el cumplimiento (*Leistungsverstörungen*) comprensiva de toda hipótesis de incumplimiento o retardo imputable a las partes de la relación obligatoria, terceros o por causa de fuerza mayor.

“La Ley de modernización del derecho de obligaciones -2001, vigente en enero/2002,- en el § 313, reguló la adaptación o adecuación (*Anpassung*) por cambio (*Wegfall*) o alteración de la base negocial (*Störung der Geschäftsgrundlage*), que a juicio de autorizados expositores recoge la modificación de la base objetiva (pr.1) y subjetiva (pr.2), el fundamento jurídico o económico y finalidad (*Zweckvereitelung*), sin limitarse a la simple desproporción cualitativa (C.W.CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, en JZ, 2001, 499, 505; *La riforma del diritto tedesco delle obbligazione*, trad. it. Cedam, Padova, 2003, 28 ss). El precepto, establece: “(1) Si las circunstancias que fueron fundamento del contrato han cambiado profundamente con posterioridad a su celebración, de modo que pueda considerarse que las partes no habrían celebrado el contrato, o lo habrían celebrado con un contenido diferente, de haber previsto dicho cambio, se puede exigir una adecuación del contrato en cuanto, cuando, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, y en particular la distribución de los riesgos prevista en el contrato o en la ley, razonablemente no se pueda exigir a una parte que continúe vinculada al contrato inalterado. (2) Al cambio posterior de las circunstancias se equipara la hipótesis en que las representaciones esenciales que fueron fundamento del contrato aparecen erradas con posterioridad a la estipulación de éste. (3) Si la adecuación del contrato no fuere posible o no pudiere pretenderse por una de las partes, la parte que vino a resultar en posesión desventajosa puede renunciar al contrato. En las relaciones de larga duración en vez del derecho de renuncia ella tendrá derecho a dar por terminado el contrato”.

“La reforma alemana disciplinó también la inexigibilidad de la prestación (*Unerheblichkeit*), la ‘inaccesibilidad de la prestación’ (*Unerschwindlichkeit*), la cesación del deber de prestación (*Ausschluss der Leistungspflicht*) ex § 275 y el derecho del deudor a rechazar el cumplimiento (*Leistungsverweigerung*), cuando la prestación es gravosa, desproporcionada o se presenta una perturbación del equilibrio o mayúscula desproporción (*grob Missverhältnisse*) de su valor, confrontado su contenido con la buena fe (§§ 323 ss, § 326 BGB).

“España carece de norma general, (salvo p.ej., Ley 493, párrafo 3º, del Fuero Nuevo de Navarra y art. 43 de la Ley de Arrendamientos Rústicos), y el reconocimiento jurisprudencial de la imprevisión, es rígido y excepcional dándose una alteración extraordinaria de las circunstancias al instante del cumplimiento en relación con las previstas al momento de celebrar contrato, si la imprevisibilidad es absoluta y desencadena un *desequilibrio* prestacional exorbitante, inusitado y fuera de todo cálculo (TS. sentencias de 4 de junio de 1902, 25 de marzo de 1913, 6 de junio de 1939, 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, 30 de junio de 1948, 17 de mayo de 1957, 31 de octubre de 1951, 27 de octubre de 1964, 15 de marzo de 1972, 3 de noviembre de 1983, 9 de diciembre de 1983, 9 de julio de 1984, 19 de abril de 1985, 17 de mayo de 1986, 6 de octubre de 1987, 19 de octubre de 1989, 21 de febrero de 1990, 10 de diciembre de 1990, 23 de abril de 1991, 6 de noviembre de 1992, 17 de noviembre de 1993, 14 de diciembre de 1993, 4 de febrero de 1994, 15 de marzo de 1994, 4 de febrero de 1995, 29 de enero de 1996, 19 de junio de 1996). La doctrina, está dividida entre la revisión y la fuerza obligatoria e intangibilidad del contrato. La jurisprudencia ha acudido a la frustración de la causa, el fin del contrato o la desaparición de la base negocial (TS. sentencias de 23 de noviembre de 1962, R.J. 1962-5005; 25 de mayo de 1990, R.J. 1990-4082, 14 de septiembre de 1993, R.J. 1993-9881, núm. 129/2001, de 20 de febrero; F. De Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, 322 y ss; C. De Amunátegui R., *La cláusula rebus sic stantibus*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 50, 70 y 80 ss; L. Díez Picazo y Ponce León, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Madrid, Civitas, 1996, I, 885 y ss.).

“El *Codice Civile Italiano* (R.D. 16 marzo 1942, n. 262, Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942), artículos 1467 a 1469, trata “*Dell'eccessiva onerosità*”, inspiró el artículo 868 del Código de Comercio patrio, y dispuso: “*En los contratos de ejecución continuada o periódica, como en los de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes se convierte en excesivamente onerosa por verificarse un acontecimiento extraordinario e imprevisible, la parte que debe la prestación puede demandar la resolución del contrato (...) La resolución no puede ser demandada si la excesiva onerosidad subsiguiente ha entrado dentro del alea normal del contrato. La parte contra la cual se ejerce la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato.*” (art. 1468; G.B. Ferri., *Dalla clausola "rebus sic stantibus" alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, num. 1, Milán, pp. 54 ss.).

“(…) Esta Corte acogió la imprevisión en materia civil, aún ausente disposición jurídica expresa –aunque suele verse en los artículos 2060 [2] y 1932 *in fine* del Código Civil- como principio general del derecho (cas.civ. sentencias de 29 de octubre de 1936, XLIV, n.1918-1919, p. 455; 9 de diciembre de 1936, XLIV, n.1918-1919, p. 789; 23 de mayo de 1938, XLVI, n.1936, p. 523; marzo 24 de 1983, G.J. n. 2400, p. 61; Sala Plena, sentencia de 25 de febrero de 1937, XLIV, n.1920-1921, p. 613).

“Justamente, itera la Corte, los principios generales del derecho, *“constituyen prenotados, reglas o directrices primarias, universales, abstractas e irradiantes de todo el sistema jurídico, y por consiguiente, de la actividad de los jueces en su función prístina de administrar justicia. En este sentido, sirven al propósito de crear, integrar, interpretar y adaptar todo el ordenamiento jurídico. En el ordenamiento patrio, explica autorizado comentarista, ‘fue singularmente significativa la intervención de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de la segunda mitad de los años 30, que modernizó la concepción, la interpretación y la aplicación del derecho, en esfuerzo simultáneo con las demás ramas del Estado. Así, con mentalidad abierta, introdujo el espíritu de ‘jurisprudencia creadora’, y con ella, los principios de la buena fe-apariencia, simulación, fraude a la ley, abuso del derecho, responsabilidad civil, imprevisión, móvil determinante, error de derecho, enriquecimiento injusto’, a punto que, ‘[l]os principios generales del derecho han adquirido un valor ‘integrador’ del ordenamiento, concepciones, sentimientos, anhelos, contenidos, que pueden expresarse con fluidez, sin la virulencia de lo reprimido, de manera de agilizar la acomodación del derecho a la ‘modernidad’, no por afán de modo, sino por exigencia de actualidad, coherencia, justicia. En este sentido pudiera hablarse de ellos como ‘derecho flexible’” (Fernando Hinestrosa, *Des Principes Généraux du droit aux principes généraux des contrats, Uniform Law studies etudes de droit uniforme, Unidroit, ns. Vol. III, 1998-2/3; De los principios generales del derecho a los principios generales del contrato, en Revista de Derecho Privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero/junio 2000, num. 5, p.13). [...] Más recientemente, reiteró [...] el juez debe aplicarlos según el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 que ordena que se apliquen las reglas generales del derecho, a falta de ley o doctrina constitucional. [...]’ (Cas. Civ. sentencia de 7 de octubre de 2009, Exp. 05360-3103-001-2003-00164-01)” (cas. civ. sentencia de 30 de agosto de 2010, exp. 11001-3103-008-1998-00081-01).**

“Desde esta perspectiva, los principios generales del derecho, no

sólo irradian sino integran el ordenamiento jurídico, y sirven al propósito de adaptarlo a las sensibles transformaciones dinámicas en la vida de relación, misión vital de la jurisprudencia (artículos 230 Constitución Política; 4º, 8º y 48, Ley 153 de 1887; cas.civ. sentencias de 29 de septiembre de 1935, XLIII, 129; 20 de mayo de 1936, XLIII, 47; 19 de noviembre de 1936, G.J. XLIV, 474; 11 de julio de 1939, G.J. No. 1949; 6 de septiembre de 1940, G.J. L, 39; 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322; 23 de junio de 1958. G.J. LXXXVIII, 232; 27 de octubre de 1961. G.J. XCVII, 143), por lo cual, la Corporación aceptó la imprevisión en las relaciones jurídicas obligatorias y contractuales civiles.

“(…) A la revisión del contrato mercantil refiere el artículo 868 del Código de Comercio, sin definirla. El aspecto para caracterizarla atañe a sus condiciones, requisitos o presupuestos y consecuencias normativas.

“En torno a sus exigencias, delantadamente requiérese la existencia y validez del contrato. La inexistencia y la invalidez excluyen la teoría de la imprevisión y la revisión contractual por desequilibrio prestacional en tal virtud, sin perjuicio de los ajustes pertinentes en las prestaciones consecuenciales por nulidad. El contrato inexistente, no existe en cuanto al tipo negocial singular por omitir uno, varios o todos sus elementos esenciales (*esentialia negotia*) contenidos en su específica definición *legis* o social, necesarios, imprescindibles e insoslayables, sin los cuales no nace, crea ni constituye, o la forma solemne (*ad substantiam actus*) única manera de expresión, y al carecer de vida jurídica, no genera sus efectos, a excepción de las situaciones o relaciones contrahechas al margen de la inexistencia o su conversión en un tipo diferente. La invalidez, por ausencia o defecto de los presupuestos de validez del negocio jurídico –capacidad de parte, legitimación dispositiva, idoneidad del objeto, infracción del *ius cogens*, o en la nomenclatura legislativa, violación de una norma imperativa, incapacidad absoluta o relativa, ilicitud de causa u objeto, error, fuerza o dolo, etc.-, entraña nulidad absoluta o relativa, y por tanto, la destrucción del acto o parte aquejada del vicio, o sea, tiene un tratamiento jurídico distinto. La imprevisión tiende a revisar el contrato para mantener el equilibrio económico de las prestaciones, previene, evita o corrige las consecuencias de la prestación excesivamente onerosa para una de las partes, con los reajustes, adecuación, adaptación o reforma equitativa, y de no ser posible con su terminación. Por esto, sus causas, requisitos y efectos, son diferentes a los de la ilicitud del negocio, y por regla general, carece de efectos indemnizatorios, pues su finalidad no es resarcitoria, ni se origina en el

incumplimiento.

“El artículo 868 del Código de Comercio, dispone la regla para contratos de ejecución sucesiva, escalonada, periódica o diferida, cuyas prestaciones se proyectan en espacio temporal distante a su celebración, y pueden afectarse por circunstancias sobrevenidas, previas a su cumplimiento futuro y terminación. Exceptúa los contratos aleatorios y los de ejecución instantánea. De suyo, los eventos alteradores de la simetría prestacional, han de acontecer después de celebrado el contrato, durante su ejecución y previamente a su extinción. Por esto, el precepto excluye el de ejecución instantánea, al agotarse en un solo acto coetáneo, simultáneo, sincrónico e inmediato con su existencia, coincidiendo celebración y cumplimiento. Empero, el contrato puede crear prestaciones instantáneas, otras sucesivas, y los contratantes podrán diferir el cumplimiento mientras no contradigan el tipo contractual, ni la ley lo prohíba, *ad exemplum*, en el mutuo la obligación a cargo del mutuario de restituir el préstamo y pagar intereses, puede ejecutarse al celebrarse o en lapso posterior. La revisión del contrato, en rigor se justifica por una prestación de cumplimiento futuro, cuya ejecución se hace después, en lapso ulterior a su existencia, así la determinación del desequilibrio prestacional o la excesiva onerosidad derive no de esa prestación unitaria sino de todo el contrato. Compréndase, entonces, la imposibilidad práctica de una alteración sobrevenida cuando la prestación se cumple o ejecuta al instante de su existencia, extinguiéndose en el mismo acto, también revisar o terminar lo que no existe. En torno a los contratos aleatorios, la realidad muestra la probable alteración sobrevenida de la equivalencia prestacional, o su excesiva onerosidad en el cumplimiento. Contraría la lógica descartar su presencia ulterior, en especial, tratándose de aleas anormales, ajenas o extrañas al tipo concreto de contrato aleatorio o a su estructura, disciplina legal o a la negociación, previsión, dosificación, distribución y asunción de los riesgos. En estos eventos, procede corregir toda alteración ulterior, imprevista e imprevisible, por fuera o más allá del riesgo propio o alea normal de estos negocios, naturalmente no bajo la regla comentada sino a través de los otros mecanismos singulares (v. gr., la revisión ex art. 1060 del C. de Co, en el seguro), ya los inherentes a la definición o regulación del tipo contractual específico, ora los generales de la buena fe, la equidad y justicia contractual, por cuanto en ningún contrato puede imponerse a una parte soportar al infinito todos los riesgos, menos los anormales so pretexto de la incertidumbre prestacional, el azar, albur o contingencia.

“Dentro de los requisitos, está la superveniencia de las circunstancias determinantes de la asimetría prestacional. Han de acontecer después de la celebración, durante la ejecución y antes de la terminación del contrato. La superveniencia de las circunstancias es inmanente al cambio o mutación del equilibrio prestacional en la imprevisión. Las causas preexistentes, aún ignoradas al celebrarse el contrato y conocidas después por la parte afectada, no obstante otra percepción (p.ej., art. 6.2.2, “(a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato,” Principios Unidroit, 2010), envuelven desequilibrio congénito, y escapan a la revisión ex artículo 868 del Código de Comercio, a cuyo tenor se autoriza cuando son “posteriores a la celebración de un contrato”.

“En afán de precisión, la ignorancia de circunstancias preexistentes al tiempo del contrato, no legitima la imprevisión, y podrá originarse en quebranto del deber de información, lealtad, probidad, corrección, buena fe, las cargas de sagacidad, previsión o, configurar una hipótesis de error provocado o espontáneo, cuyo tratamiento es diferente a la imprevisión. En idéntico sentido, el desequilibrio prestacional congénito inicial, encuentra solución en otras figuras, *verbi gratia*, la rescisión o reducción del exceso a causa de una manifiesta desproporción e iniquidad prestacional o económica por estado de necesidad o de peligro (arts. 1550, 1551 y 1844 y ss. C. Co.), esto es, aprovechamiento por una parte de la conocida condición de debilidad, inferioridad, apremio o necesidad de la otra para obtener una ventaja excesiva e indebida, valorada por el juzgador y traducida en un acto desequilibrado o inicuo que, a diferencia de la fuerza, *stricto sensu* no comporta *per se* intimidación singular de una persona determinada sobre otra para obligarla a contratar (arts. 1514 y 1025 [4] C. C; 1.º, 2.º y 9.º, Ley 201 de 1959), la inherente a la lesión enorme (*laesio enormes*) en los contratos taxativamente enunciados por el legislador dándose la afectación tarifada o, en aquéllos cuyo desequilibrio es inferior o no están previstos, y en los restantes, según la disciplina general, la buena fe, la equidad y justicia contractual.

“A contrariedad, 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*). 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. Menester el vigor del contrato, y que la obligación no sea exigible, haya cumplido, ejecutado o agotado. Distinto es que, para establecer la onerosidad de la prestación de futuro cumplimiento, deba valorarse completo, pleno e íntegro el contrato y en su conjunto prestacional, tanto cuanto más que, lo excesivo o el desequilibrio prestacional no deriva de una prestación aislada, sino del complejo tejido contractual, según la prudente, juiciosa o razonable ponderación por el juzgador del marco fáctico de circunstancias concreto y los elementos de convicción, atendiendo la equidad y justicia. 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.

“Por consiguiente, ejecutado, terminado o concluido el contrato y extinguida por su cumplimiento la prestación, nada hay por revisar para reajustar, restablecer o terminar. Por esta inteligencia, a más de la imposibilidad lógica y práctica de revisar para corregir o terminar lo que no ya existe, los efectos cumplidos, producidos o consumados en situación de “*excesiva onerosidad*”, no admiten reclamación ni reparación por esta vía (cas. civ. sentencias de 29 de octubre de 1936, XLIV, p. 437 ss; 23 de mayo de 1938, XLVI, p. 544; 23 de junio de 2000, exp. 5475), tanto cuanto más que ello equivale a volver sobre lo extinguido con quebranto de la certeza y seguridad del tráfico jurídico.

“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. 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.

“Por tanto, la negligencia, desidia, imprudencia, el dolo o culpa, la

falta de diligencia, cuidado, previsión y la concurrencia, exposición o contribución de la afectada, así como la ausencia de medidas para evitar, mitigar o disipar la excesiva onerosidad (*duty to mitigate damages*), y en fin, la inobservancia de las cargas de la autonomía excluyen imprevisión, imprevisibilidad, inimputabilidad y extraneidad, a más de contrariar claros dictados éticos, sociales y jurídicos prevalerse de la propia conducta para derivar provecho con un desequilibrio que pudo evitarse, mitigarse o conjurarse, en quebranto a la lealtad, probidad, corrección, buena fe y fuerza obligatoria del contrato a que conduce admitir su revisión cuando la conducta del obligado es la causa o concausa de la excesiva onerosidad. Por ende, no opera la imprevisión cuando el suceso está en la esfera o círculo del riesgo de la parte afectada, el alea normal del contrato, o es imputable a la propia conducta, hecho dolo, culpa, exposición, incuria, negligencia, imprudencia o, la falta de medidas idóneas para prevenir, evitar o mitigar el evento o sus efectos.

“Por ello, la desproporción y sus causas han de ser por completo ajenas a la parte afectada, en tanto no sean imputables a su acción u omisión, conducta o hecho, ni las haya asumido legal o contractualmente. A tal efecto, el contrato de suyo es acto de previsión, sobre los contratantes gravitan cargas de previsión y sagacidad, han de prever eventuales contingencias dentro de los parámetros normales, corrientes u ordinarios, y en ejercicio de su autonomía privada dispositiva, ceñidas a los legales, la buena fe y la paridad prestacional, tienen libertad para acordar el contenido del negocio, disciplinar la relación, los derechos, prestaciones, la estructura económica y los riesgos. Cada parte contratante debe proyectar razonablemente la estructura económica del contrato, el valor de la prestación y la contraprestación, los costos, gastos, pérdidas, beneficios o utilidades y riesgos al instante de contratar, oportunidad en la cual establecen razonablemente la equivalencia prestacional, sin admitirse alegar torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) o malicia en provecho propio, ni volver sobre su acto propio (*venire contra factum proprium*) o contrariar la confianza legítima (*Vertrauensschutz, legitimate expectations, legittimo affidamento, estoppel*) (rev.civ. sentencia 25 de junio de 2009, Exp. 2005-00251 01).

“En singular, la economía del contrato, y los riesgos integrantes, son susceptibles de previsión, asunción, distribución, dosificación y negociación por las partes, llamadas en cuanto tales a su evaluación, asignación, reparto, dosificación, agravación y asunción dentro de los dictados de la buena fe, la simetría prestacional, función práctica o económica social del contrato, designio,

conveniencia e interés y la justicia contractual. Ciertos riesgos están atribuidos por la ley conforme al tipo de contrato, a su estructura y disciplina normativa. Otros, son negociados en particular por las partes, quienes como titulares del interés dispositivo, no siendo contra la ley, el orden público, las buenas costumbres, el equilibrio prestacional, la buena fe y la justicia, pueden modificar para atenuar o agravar el régimen de la responsabilidad ordinaria, y en consecuencia, podrán descartar unos o asumir otros adicionales, en cuyo caso, soportan sus efectos y no pueden desconocerlos. En la negociación de los riesgos, ostenta relevancia mayúscula la buena fe y el deber de informar toda razonable circunstancia verosímil, cognoscible e influyente en la estructura económica del contrato, los riesgos normales, dosificados, distribuidos o asumidos, por cuya omisión la parte afectada no debe soportar sus efectos que se radican plenos en quien debía suministrarla clara, completa, veraz y oportuna. Exactamente, el suceso determinante de la alteración ha de ser ajeno a la esfera o círculo de la parte afectada, y del riesgo asumido por la ley o el contrato. Los riesgos del contrato confluyen a integrar el equilibrio prestacional, lo conforman y excluyen la extraneidad para efectos de la imprevisión. Por supuesto, ausente disposición legal o negocial, ningún contratante debe soportar aleas anormales y ajenas al contrato, salvo las asumidas sensatamente en armonía con el tipo contractual y su disciplina legal, o las imputables.

“Es indispensable un desequilibrio prestacional cierto, grave, esencial, fundamental, mayúsculo, enorme o significativo, y no cualquiera, a punto de generar excesiva onerosidad transitoria o permanente de la prestación futura, una desproporción grande con su incremento desmesurado o sensible disminución de la contraprestación, ya una pérdida patrimonial, por reducción del activo, ora de la utilidad esperada, bien por aumento del pasivo, suscitada por los acontecimientos sobrevenidos, imprevistos e imprevisibles, con los cuales debe tener una relación indisociable de causa a efecto. Ninguna definición o medida brinda la norma en torno al desequilibrio ni la excesiva onerosidad. Algunas doctrinas remiten a la ruptura de la base subjetiva u objetiva del negocio, la frustración del fin o finalidad. Otras, a la variación de la base económica estrictamente objetiva, al valor cuantitativo, cualitativo e intrínseco de la prestación, o la ruptura patrimonial primaria u originaria cotejada con la del cumplimiento. Empero, la simetría atañe no una prestación singular, sino al contrato *in complexu*, en su unidad compacta, *in toto* e integral, desde su celebración hasta su terminación, y deviene de su visión retrospectiva y prospectiva. *Estricto sensu*, no se mide sobre la simple diferencia del valor inicial y posterior de una prestación. Por el contrario, concierne a todo el contrato y conecta a su estructura económica y riesgos. A no dudarlo, los riesgos y aleas componen la simetría de las

prestaciones, e influyen en la determinación concreta del desequilibrio. Así, integran el equilibrio económico, las aleas normales, y los riesgos que por ley, uso, costumbre, equidad o estipulación pertenecen al contrato y deben soportarse por la parte respectiva, a quien no es dado invocar excesiva onerosidad. *Contrario sensu*, aleas anormales no asumidas, suelen tornar excesivamente onerosa la prestación.

“Determinar la alteración, su magnitud y la excesiva onerosidad, está confiada a la razonable, prudente o ponderada apreciación del marco de circunstancias concreto por el juzgador en su discreta autonomía axiológica de los elementos probatorios y el contrato en su conjunto prestacional e integridad. Predícase, de toda la relación contractual, no de una prestación y es ajena a la suficiencia o insuficiencia patrimonial, solvencia, liquidez o penuria de las partes, en particular de la afectada, para el cumplimiento espontáneo o forzado, al cual está atada con su patrimonio presente y futuro, salvo el exceptuado. A este respecto, la revisión por imprevisión, procura corregir el excesivo desequilibrio ulterior, manifiesto u ostensible, evitar o conjurar los estragos a la parte obligada con los beneficios correlativos inequitativos de la otra, aspectos diversos a la capacidad económica de los contratantes. La imprevisión tampoco envuelve una imposibilidad obligatoria sobrevenida, absoluta, total, definitiva u objetiva, causa extintiva o exoneración del cumplimiento, las más de las veces ni siquiera una dificultad, pues la prestación es susceptible de cumplir, el afectado podrá tener la suficiencia patrimonial para hacerlo, y la revisión procura evitar o corregir una situación injusta, inequitativa y contraria a la justicia contractual.

“Por lo común, las partes están llamadas a prevenir, evitar y corregir el desequilibrio prestacional. En efecto, la autonomía privada dispositiva o libertad contractual, estructural e indisociable de la democracia, el *"Estado Social de Derecho"* y principio rector de la contratación (Preámbulo, arts. 2º,13,14,16, 28, 58, 59 a 66, 78, 82, 94,150 [19] y [23], 332, 333, 334, 335, 373, Constitución Política; cas. civ. sentencia de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01) faculta a las partes para *"disciplinar el contenido del negocio jurídico, conforme a sus necesidades, conveniencia, designios, intereses disponibles, orden público, buenas costumbres, función práctica económica o social útil, relatividad de los derechos, paridad, buena fe, lealtad y corrección exigibles"* (cas. civ. sentencia de 19 de octubre de 2011, exp. 11001-3103-032-2001-00847-01).

“De consiguiente, frente a la alteración del equilibrio prestacional, las

partes podrán prever su reforma estipulando cláusulas de adaptación automática, inmediata y sin intervención judicial por la eventual ocurrencia de las circunstancias (condición), posibilidad que no excluye la revisión judicial cuando el reajuste acordado no cubre la dimensión de la ruptura o existan divergencias respecto de su origen, contenido, extensión o eficacia, o también pactar las de salvaguardia o renegociación (*hardship, major economic dislocation*, imprevisión, etc.), usuales o de uso común en los contratos de larga duración, donde a diferencia de aquéllas no determinan la magnitud de la asimetría prestacional ulterior ni su reajuste, obligándose en ciertas condiciones a renegociarla, y de fracasar, acudir a un amigable componedor para adaptarlo *ex aequo et bono* o *resiliarlo* convencionalmente en representación común, o a un árbitro, o al juez ordinario, o en su caso, mantiene su vigor o podrá terminarse unilateralmente.

“Para la Corte la libertad debe ejercerse en forma seria, madura y responsable, siempre ceñida a prístinos estándares de autorresponsabilidad, pulcritud, corrección, probidad, buena fe, respeto recíproco, relatividad del derecho, razón, utilidad y función de su reconocimiento. Esta directriz, en tratándose del negocio jurídico, el contrato y la relación obligatoria, impone a las partes el deber de desplegar todos los actos idóneos en procura de su plenitud e integridad, función práctica o económica social, evitación y disipación de las causas de ineficacia conforme a su naturaleza compromisoria, la lealtad, probidad, corrección y buena fe. Para la Sala, las partes deben evitar razonablemente, y en su caso, corregir la alteración sobrevenida del equilibrio económico contractual, por cuanto el negocio jurídico jamás es instrumento de injusticia e inequidad y “*obliga a su cumplimiento de buena fe, en todo cuanto le pertenece por definición (essentialia negotia), ley, uso, costumbre o equidad (naturalia negotia) o expresamente pactado (accidentalialia negotia), en la totalidad de la prestación, forma y oportunidad debida, constituye un precepto contractual o norma obligatoria (pacta sunt servanda, lex privata, lex contractus, artículos 1501, 1602, 1603 y 1623, Código Civil; 871 Código de Comercio), y su observancia vincula a los contratantes*” (cas. civ. sentencia de 31 de mayo de 2010, exp. 25269-3103-001-2005-05178-01). En efecto, todo negocio jurídico está permeado por la buena fe, la equidad y la justicia contractual, sujeto a ineludibles dictados éticos, políticos y jurídicos imperantes en la época, lugar y medio de su celebración, ejecución y terminación, cumple una función práctica o económica social, procura la satisfacción de intereses, necesidades o designios en la vida de relación, y por supuesto, se celebra para su cumplimiento. Además, el contrato es por excelencia un mecanismo de cooperación o colaboración intersubjetiva.

“La Corte memora y reitera que “el deber de probidad y la cláusula general de corrección se concretiza en un comportamiento razonablemente idóneo, para prevenir y corregir toda conducta incorrecta con una actuación prístina orientada a la realización de los fines inherentes a la contratación, regularidad y certidumbre del tráfico jurídico. Por ello, se impone un deber de diligencia a los contratantes y, en su caso, de advertencia, comunicación e información de condiciones cognoscibles, asumiendo cada parte en interés recíproco una carga respecto de la otra en lo concerniente a la plenitud del acto, la realización de su función y la evitación de causas de ineficacia o irrelevancia. Y, así ha de procederse, no sólo por la naturaleza impenativa del contrato, sino porque, además la recíproca intención de las partes está presidida razonablemente por el propósito común de obtener sus resultados prácticos concretos y, por consiguiente, su realización, cumplimiento y eficacia, en tanto una suposición contraria, esto es, la celebración del acto para que no produzca efecto alguno por ineficacia, invalidez u otras causas, conduciría al absurdo de la negación misma del negocio jurídico y al inadmisibles patrocini de conductas contrarias al ordenamiento. Advértase que las partes al celebrar un contrato razonablemente desean, quieren o procuran su eficacia y, por ende, el juez deberá preferir en toda circunstancia la consecuencia relativa a la preservación del mismo, porque, se itera, sería absurdo siquiera suponer la celebración de un contrato para que no produzca efecto alguno cuando las partes, por principio, lo hacen bajo la premisa cardinal de su cumplimiento y eficacia. Por lo mismo, a efectos de asegurar esta finalidad convergente, naturalmente perseguida con el pactum, las partes, contraen la carga correlativa de evitar causas de ineficacia del negocio jurídico y, el juzgador al interpretarlo y decidir las controversias, procurar dentro de los límites racionales compatibles con el ordenamiento jurídico, su utilidad y eficacia, según corresponde a la ratio legis de toda conocida ordenación normativa. La fisonomía de esta regla impone que la frustración del acto sólo es pertinente cuando no exista una alternativa diferente, según postula de tiempo atrás la doctrina de la Corte, al relieves la significativa importancia del contrato, su celebración, efecto vinculante, cumplimiento y ejecución de buena fe, destacando la directriz hermenéutica consagrada en el artículo 1620 del Código Civil (cas. civ. sentencia de 28 de febrero de 2005, Exp. 7504) (cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, [SC-007-2008], exp. 2001-06915-01, iteradas en sentencias de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01 y 5 de diciembre de 2011, exp. 25269-3103-002-2005-00199-01).

“Lo contrario, equivaldría al patrocini de ostensibles situaciones

inequitativas, el quebranto de la certeza, seguridad, estabilidad y regularidad del tráfico jurídico, pues la relación cuyo equilibrio, equivalencia, paridad o simetría prestacional deviene rota, turbada o afectada por los cambios sobrevenidos, comporta una situación incompatible con la justicia contractual que la misma fuerza obligatoria del contrato impone a las partes preservar con las rectificaciones pertinentes. En este contexto, delante del desequilibrio contractual, las partes tienen el deber de corregirlo y evitar su ineficacia. El deber de renegociar el contrato en tales casos surge de su propia estructura, noción y disciplina legal, pues el contrato alterado ya no es el mismo celebrado *ab initio*, cuyo cumplimiento ata a las partes. Este deber, además se ha destacado por la doctrina, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, atrás citados, y encuentra previsión expresa en la contratación estatal.

“La adaptación también podrá disponerla el legislador. Esta hipótesis, frecuente en el pasado para conjurar los efectos de las dos conflagraciones mundiales y las crisis económicas generales más que las inequivalencias concretas, comporta una revisión, de ordinario, forzada e impuesta del contrato, en veces dictada o reglamentada, por motivos de orden público político, social o económico, con leyes posteriores permanentes o transitorias, ya de efecto general e inmediato o retrospectivo, ora hacía el futuro y a partir de su vigencia (artículo 18, Ley 153 de 1887).

“En ausencia de revisión legal o convencional o ante su insuficiencia para colmar la magnitud del desequilibrio presentado, la parte afectada puede solicitar a los jueces la adaptación del pacto a las circunstancias con los reajustes correspondientes o, de ser inadmisibles la reforma, su terminación, y en su caso, la reparación del daño experimentado con la sustracción o renuencia injustificada a corregirlo en quebranto de la fuerza vinculante del pacto, y del deber legal de corrección, lealtad y buena fe.

“En lo atañero a sus efectos, la imprevisión autoriza la revisión judicial del contrato. Corresponde al juez examinar las circunstancias y ordenar, de ser posible, los reajustes indicados por la equidad, o en caso contrario, la terminación. La parte afectada puede solicitar la revisión pero carece de la facultad de escoger entre el reajuste o la terminación, cuya decisión adopta el juez en cada caso particular, según las circunstancias y la equidad, dando prelación a la continuidad del vínculo en desarrollo del principio de conservación o utilidad del negocio y su fuerza vinculante. El juzgador en equidad

podrá reducir la prestación excesivamente onerosa (*reductio ad aequitatem*) o aumentar la contraprestación correlativa para reajustar el desequilibrio y evitar la terminación. Esta última es pertinente sólo cuando el contrato no admite corrección justa y equitativa consultando el equilibrio e interés de las partes. Es que la imprevisión, la alteración de la base económica o ruptura de la equivalencia o ecuación del contrato, no es mecanismo para patrocinar el incumplimiento, menos desligarse del vínculo, sino para revisar, ajustar o adaptar el equilibrio turbado. De este modo, sólo cuando el equilibrio o la equidad no permitan el reajuste, podrá disponerse la terminación del contrato.”

De modo que, a diferencia del incumplimiento del contrato –que permite la resolución del negocio jurídico o el cumplimiento forzoso, con la consecuente indemnización de perjuicios– la ruptura del equilibrio económico permite al juez adoptar cualquiera de las siguientes determinaciones: i) decretar la terminación del contrato en el estado en que se encuentre (*casus*), u ii) ordenar el restablecimiento de la ecuación financiera o matemática del negocio jurídico, a favor de cualquiera de las dos partes o sujetos contratantes, en proporción que se determinará dependiendo si la situación, hecho o acto que genera ese desequilibrio, para lo cual será determinante establecer si esa ruptura es o no imputable a la entidad contratante o, si por el contrario, deviene de un hecho externo o ajeno a las partes.

Si el desequilibrio se produce por cualquiera de las circunstancias (i) o (ii) antes analizadas, esto es, por circunstancias imputables o atribuibles a la **administración pública contratante** en ejercicio de una cláusula excepcional o exorbitante, o en ejercicio de su *imperium*, será procedente no sólo equilibrar el contrato en relación con los costos y gastos en que se haya incrementado su ejecución o prestación, sino que también estará obligada a cancelar la utilidad esperada por el contratista.

A *contrario sensu*, si la ruptura o desequilibrio tiene su génesis en un hecho externo, imprevisible y ajeno a las partes, que afecta de manera anormal y grave la ecuación financiera del negocio, las partes contratantes –cualquiera que sea, esto es, administración o contratista– sólo estarán obligadas a llevar al sujeto que

padece o sufre el desequilibrio a una situación de no pérdida, es decir, sólo se reconocerán los gastos o costos extras en que haya incurrido el contratista en virtud del exceso o sobre costo producido por la circunstancia imprevisible e irresistible, sin que sea posible cancelar la utilidad esperada; por el contrario, si el desequilibrio se presenta a favor de la administración contratante, se reliquidará el valor del contrato, para efectos de que no se haga muy oneroso su cumplimiento.

El fundamento nomoarquico de las determinaciones que puede adoptar el juez en este tipo de eventos, no es otro que el principio de equidad, cuyo empleo por la jurisprudencia de la Corporación ha sido amplio, en especial, para garantizar la justicia correctiva y conmutativa que es implícita en el derecho que regula el hecho, el acto y el negocio jurídico.

En relación con la aplicación del principio de equidad en materia contractual esta misma Sala en reciente decisión, puntualizó²⁵:

“El *arbitrio juris* ha sido empleado desde la teoría del derecho de la responsabilidad, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, es decir, en aquellos eventos en que acreditado el daño antijurídico resulta insuficiente el material probatorio para la determinación del perjuicio, esto es, la cuantificación económica de aquél, razón que no resulta suficiente para que se niegue la reparación, sino que, por el contrario a la luz del artículo 16 de la ley 446 de 1998, es imperativo que se cubra en su real y completa dimensión.

“Sobre el particular, resulta ilustrativo el razonamiento contenido en la sentencia del 17 de noviembre de 1967, oportunidad en la que se indicó:

“El espíritu de la geometría no se puede llevar al derecho.

“Casos como el que se estudia son los que más alcanzan a relieves

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de junio de 2014, exp. 21324, M.P. Enrique Gil Botero.

que un prurito de exactitud numérica puede resultar lo más reñido con la justicia. Suele ocurrir que los rigorismos pseudo-jurídicos conduzcan a las más flagrantes violaciones de la equidad, y a que se desconozca el derecho por pretender trabajar con el espíritu propio de las ciencias exactas en un campo donde no existen ni fórmulas algebraicas, ni instrumento de precisión, ni máquinas que proporcionen la imagen fiel de las verdades jurídicas. Es lo que expresa el antiguo adagio al decir que exagerar el derecho es producir injusticia, y lo que significa hoy al afirmar que con el espíritu de la geometría no puede trabajar el que administra justicia.

“Con lo que se trabaja es con las leyes, en su espíritu y letra, y con una obligatoria jurisprudencia que justifica su oficio, y que al aplicar aquellas obtiene que se produzca la porción de verdad legal que se solicita en los tribunales. El objeto del procedimiento es la objetividad del derecho, dice una norma casi perdida en la maraña de nuestra ordenación positiva. Ella quiere decir que no es permitido al juez alterar los conceptos de fin y medio; y que no siendo dable utilizar para la administración de justicia fórmulas matemáticas, puede y debe en la estimación de algo tan cambiante y variable como son los casos humanos *sub specie juris*, poner al servicio del derecho el procedimiento, cosa que puede hacer sin arbitrariedad, sin quebrantamiento de preceptos, sin daño de nadie, y sin contorsiones, ni distorsiones jurisprudenciales.”²⁶

“En relación con la aplicación de la equidad en la valoración y cuantificación del daño²⁷, la Sección con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha discurrido sin ambages en los términos que se transcriben²⁸:

“En conclusión, las entidades demandadas deberán garantizar el pago de una indemnización que se traduzca en una “pensión de invalidez”, la cual deberá ser cancelada desde el momento en que

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 414.

En similar sentido, se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 17 de junio de 1938, en la que se discurrió así: “La ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios, de donde se infiere que en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho, y admitir que el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática.”

²⁷ “La equidad es justicia matizada; radica, pues, en una relación de justicia, cuyo deber atempera o cuyo derecho acomoda, en consideración a lo postulado por las circunstancias del caso, a causa del bien común o de las leyes generales que regulan las relaciones humanas. Lo equitativo es lo justo reforzado o atemperado. La equidad atempera el deber y acomoda el derecho.” Cf. HERVADA, Javier “Introducción crítica al Derecho Natural”, Bogotá, Ed. Temis, 2000.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1º de octubre de 2008, exp. 27268.

cumpla 18 años (7 de junio del año 2015), hasta que suceda el desafortunado momento de su fallecimiento, pensión que corresponderá a un (1) SMMLV, y que refleja una obligación de dar a la cual quedan vinculadas las entidades demandadas de forma solidaria. Y, si bien, no existe en el expediente un medio probatorio del que se desprenda la valoración del citado daño, ni su cuantificación monetaria precisa, lo cierto es que el juez cuenta con el principio de equidad para la ponderación y valoración del daño, tal y como lo precisó la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

“En efecto, ante la configuración de excepcionales circunstancias fácticas que imposibiliten o hagan en extremo difícil deducir un equivalente exacto entre el monto de la indemnización y el daño material padecido por las víctimas y por cuanto “dicho monto no viene a desempeñar, en la generalidad de los casos, sino la función de satisfacer, enfrente de los beneficiarios, cierto bienestar que reemplace al que fue arrebatado por la muerte de una persona”, se colige, siguiendo otros precedentes jurisprudenciales, que la simple dificultad de tipo probatorio, *per se*, no puede cerrar el paso a la merecida indemnización, pues “si ello fuere así, los perjuicios morales de tan inasible evaluación, no podrían jamás representarse en cantidades pecuniarias”, lo que, en el entendido de que “la ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios”, lleva ineluctablemente a concluir que **“en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho”**, admitiendo que “el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática”, y que, tratándose de daños ciertos que se proyectan en el futuro, “la prestación de la indemnización debe consultar una compensación equitativa que ponga a los damnificados en una situación patrimonial más o menos equivalente a la que tenían antes del acontecimiento que les causó el menoscabo” (XLVI, págs. 689 y 690).

“Y no está por demás recordar que la equidad se erige en uno de los más caros criterios teleológicos que debe caracterizar la gestión judicial, no sólo para interpretar la ley cual lo disponen los artículos 32 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887, sino para definir tópicos ajenos a la labor hermenéutica propiamente dicha, inclusive de naturaleza probatoria, pues, *v. gr.*, de conformidad con la Ley 446 de 1998, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas, **“atenderá los principios de reparación integral y**

equidad y observará los criterios técnicos actuariales” (art. 16, se subraya)²⁹.

“Y, por su parte, la Sala en reciente oportunidad puntualizó:

“El ingreso calculado para los afectados, con base en el ingreso promedio de profesionales universitarios, se realiza en aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Debe señalarse que no es un recurso extraño a la jurisprudencia de la Sala. En sentencia del 18 de junio de 1997, no se consideraron los ingresos del afectado al momento de su muerte sino los calculados con base en su trayectoria profesional...”³⁰

“En esa línea de pensamiento probado como está el daño, se impone su reparación en equidad con apoyo en las reglas de la experiencia, razón por la que se acogerá el criterio empleado por el fallador de primera instancia, para lo cual la Sala acoge los postulados de las doce tablas de la equidad que integran la denominada *equity* en el derecho anglosajón, y que por su importancia se transcriben:

“La equidad.

“I. No tolera agravio sin reparación.

“II. Opera sobre las personas y no sobre las cosas.

“III. Presume perfecto aquello que debe tener futura realización.

“IV. Prescinde de las formas para tomar en consideración preferente la naturaleza de las relaciones.

“V. Supone siempre la intención de cumplir lo pactado.

“VI. La igualdad es, en principio, equidad.

“VII. Protege al diligente, no a quien descuida su derecho.

“VIII. El que pide un fallo en equidad no debe estar incurso en dolo o mala fe.

“IX. A la solicitud de la equidad debe preceder una conducta equitativa.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del cinco de octubre de 2004, expediente: 6975, Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de mayo de 2007, exp. 15170, M.P. Enrique Gil Botero.

“X. Si la resolución equitativa es por igual favorable a las dos partes, se confía la solución al derecho estricto.

“XI. Sin grave quebranto de la equidad, debe observarse la norma *prior tempore, prior iure*; y

“XII. La equidad complementa la ley.”

Por consiguiente, con apoyo en el principio de equidad, establecido en el artículo 230 de la Constitución Política como un criterio auxiliar de la actividad judicial, se puede ordenar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, lo que en últimas quiere significar que el negocio jurídico desde la perspectiva del Estado Social de Derecho no puede ser entendido como un vehículo única y exclusivamente estructurado sobre la filosofía liberal y utilitarista, sino que también tiene desde la perspectiva social y, específicamente, sobre el principio de solidaridad establecido en el artículo 2º de la Carta Política, entendido como una disposición de contenido axiológico (valor constitucional).

4. Caso concreto

La sociedad recurrente controvierte con el recurso de apelación el contenido y alcance que el *a quo* realizó sobre el acervo probatorio que integra el plenario, de manera concreta, la valoración sobre los testimonios y declaraciones rendidas al interior del proceso.

En efecto, la demandante censura el hecho de que el Tribunal de primera instancia haya efectuado una serie de consideraciones sobre el equilibrio del contrato, sin haber analizado con suficiente rigor la prueba que reposa en el expediente.

No obstante lo anterior, la Sala confirmará la decisión apelada toda vez que del análisis y valoración de los medios de convicción que reposan en el proceso se arriba a la misma conclusión del *a quo*, esto es, la necesidad de denegar las súplicas de la demanda; lo anterior, con apoyo o basamento en los siguientes asertos:

i) En relación con el argumento según el cual el contratista tuvo que ejecutar menores cantidades de obra a las establecidas en el contrato, es preciso señalar que el mismo negocio jurídico –suscrito por ambas partes– establece en la cláusula tercera que el valor del contrato resultaría de multiplicar las cantidades ejecutadas por el precio unitario de cada una de ellas estipulado, sin que se aceptara reclamo alguno si las cantidades reales diferían de las indicadas, bien por exceso o por defecto (fls. 15 a 20 cdno. ppal.).

Así las cosas, no resulta viable –ni mucho menos justificable– a la luz del principio de buena fe contractual, que el contratista luego de suscribir el contrato estatal con la precisión antes indicada, luego pretenda desconocer el contenido y alcance del negocio jurídico para reclamar la supuesta instalación de menos domiciliarias de energía a las establecidas en el contrato, es decir, diez mil.

De modo que, la cantidad señalada en la convención no era otro que un estimado o aproximado, ya que las partes de manera libre y consensuada aceptaron que esas las cantidades ejecutadas o pactadas podían estar por debajo o por encima de esa cifra, tal y como se desprende, de igual forma, del contenido del pliego de condiciones en su numeral 3.4., que dispone que “las cantidades de obra señaladas son estimativos aproximados del trabajo previsto”.

ii) Un aspecto probatorio que resulta incontrovertible y sobre el cual la parte demandante guardó silencio a lo largo de la actuación –porque conocía su alcance y lo perjudicial para sus intereses en el ámbito judicial– tiene que ver con el la modificación bilateral (negocio modificatorio) celebrado entre EPM y Concreto S.A., el 15 de marzo de 1993, en el que se amplió el plazo de ejecución del contrato en noventa días –previa petición elevada por el contratista– en cuya cláusula quinta se acordó la exoneración de responsabilidades por parte del contratista, en relación con cualquier reclamación o acción que pudiera instaurar con motivo de lo pactado, es decir, por la ampliación de la duración del negocio jurídico (fls. 18 a 20 cdno. ppal.).

No puede perderse de vista que el contrato estatal –y sus modificaciones– genera efectos vinculantes para las partes o sujetos del mismo, circunstancia por la que la renuencia a lo pactado constituye un incumplimiento así como un atentado contra el principio de buena fe y, de manera concreta, respecto de una de sus subreglas,

en especial la que especifica que está vedado atentar contra los actos propios, esto es, lo que los romanos denominaban el principio del *venire contra factum proprium non valet*.

Esta postura sólo permite concluir, que la sociedad demandante actúa en contra del principio de buena fe, concretamente de la buena fe objetiva³¹ que impone una serie de deberes positivos y de abstención a los sujetos contratantes, entre ellos el de lealtad y respeto. En efecto, del principio de buena fe contractual se desprenden una serie de subprincipios, reglas y subreglas que sirven para determinar la hermenéutica del negocio jurídico, así como para efectuar su integración, es decir, que al margen de las estipulaciones literales que están contenidas en el acuerdo negocial, es posible desentrañar el verdadero contenido y alcance de la voluntad emitida por los contratantes en determinadas condiciones de tiempo, modo y lugar (v.gr. el principio de lealtad, la regla del *venire contra factum proprium non valet*, y el principio de información, entre otras)³².

De modo que, si la intención del demandante consistía en que en virtud de la ampliación del plazo de ejecución contractual se reconociera la existencia de un

³¹ “La buena fe implica el respeto a la palabra empeñada, la escrupulosa y sincera observancia de las promesas y de los pactos, la veracidad y la constancia en los compromisos asumidos. En cuanto tal, se compendia en *la constantia et veritas* y en el *fit quod dicitur* a que alude Cicerón, lo que supone una relación igualitaria regulada por un acto de compromiso.” NEME Villareal, Martha Lucía “*Venire contra factum proprium*. Prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe” en: “Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Tomo III, Bogotá, 2003.

³² De manera reciente en relación con el principio de buena fe a cargo de los contratantes, y de manera concreta del contratista, la Sala puntualizó: “En ese orden, no se acompasa dicha conducta con los lineamientos del principio de buena fe –y de manera concreta con el subprincipio del *no venire contra factum proprium*, es decir, de no desconocer los actos propios– que el contratista reclame la indemnización de perjuicios derivada de la nulidad del acto de caducidad cuando lo cierto es que incumplió la obligación contenida en la cláusula décima sexta en relación con la constitución de las garantías para el perfeccionamiento del contrato, al grado tal que llama poderosamente la atención el hecho de que se hayan aprobado las garantías y declarado perfeccionado el contrato administrativo cuando no se cumplía de ningún modo con los requisitos legales contenidos en los artículos 48 y 51 del Decreto ley 222 de 1983, norma que regía el contrato de arrendamiento suscrito entre las partes.

“De allí que, la nulidad decretada de los actos administrativos demandados no suponga, de manera automática, el restablecimiento del derecho deprecado en el libelo petitorio, en razón a que el comportamiento del contratista estuvo alejado de los principios legales y puede ser catalogado incluso como de mala fe, a términos de lo establecido en el artículo 1603 del Código Civil³², circunstancia que enerva la reparación de los perjuicios toda vez que fue éste quien se situó en la posición de incumplimiento y generó con ello la actitud de la administración contratante, comportamiento que, sin importar su falta de validez derivada del desconocimiento del derecho al debido proceso sí contaba con un fundamento fáctico real y material, pues el municipio, para el momento en que declaró la caducidad del contrato obró conforme al comportamiento desplegado por el contratista que incumplió.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de julio de 2011, exp. 21318, M.P. Enrique Gil Botero.

desequilibrio económico del contrato, al igual que ocurre con el acta de liquidación bilateral era menester que el contratista efectuara las correspondientes salvedades en el respectivo documento, so pena de quedar vinculado por los respectivos efectos que se desprenden del mismo.

En ese orden de ideas, los hechos probados descritos en los numerales 2.2. y 2.3. del acápite segundo de consideraciones de esta providencia, demuestran de manera palmaria o evidente que el contratista, luego de cuatro meses después de haber renunciado expresamente a cualquier tipo de reclamación contra la entidad contratante, presentó el 21 de julio de 1993 (fls. 26 a 36 cdno. ppal.) la solicitud para que se restableciera el equilibrio financiero del contrato, lo cual deviene inadmisibles y censurables desde todo punto de vista porque atenta contra el hecho propio, lo que supone o configura un atentado contra el principio constitucional y legal de buena fe.

Por lo tanto, si el contratista quería sustraerse de los efectos vinculantes del contrato modificatorio (otrosí), era inexorable que se demandara y controvertiera la existencia, validez u oponibilidad del mismo, lo cual no ocurrió en el caso de marras.

Así las cosas, no puede la sociedad recurrente sostener algo que opugna la evidencia, es decir, la certidumbre; una de los tópicos más debatidos en el ámbito filosófico lo constituye la búsqueda de la verdad, lo que supone, en igual sentido, una dimensión estética como lo señalaba con especial juicio Wittgenstein. El objetivo del funcionario judicial consiste, por ende, en acercarse lo más posible a un estudio historiográfico, es decir, la reconstrucción de hechos pasados sobre los cuales emite un juicio de valor con apoyo normativo o principialístico, para lo cual tiene que emplear criterios de análisis como la sana crítica, la experiencia, el sentido común, así como la evidencia³³.

³³ “Es verdad que siendo la prueba la demostración de la verdad de un hecho, y siendo la demostración siempre un análisis, el proceso probatorio es, por su naturaleza analítico; pero una vez que el proceso probatorio se ha cumplido, a la mente del juez le es dado obtener su resultado, sin seguir en sus grados el proceso demostrativo; bajo tal aspecto la prueba, y de modo especial la prueba evidente, integra una síntesis, porque reúne en una medida mental los elementos probatorios singulares.

“(…) Así pues, donde la razón humana aprecia la evidencia, tiene un criterio suficiente para afirmar que allí está la verdad. Así como el rostro suficiente para afirmar que allí está la verdad. Así como el rostro al alma, así la evidencia es el semblante de la verdad... **Es deplorable tanto el comportamiento de aquel que, sin pruebas, cree en la existencia de un hecho, como el**

En esa línea de pensamiento, es evidente que el contratista renunció expresamente a cualquier reclamación relacionada con la prórroga del contrato, es decir, que la mayor permanencia en la obra –producto de múltiples factores externos e internos según se invoca en la demanda– no podía ser alegada como criterio para el restablecimiento de la ecuación económica del contrato, salvo que se hubieren dejado salvedades en el negocio modificatorio, so pena de quedar cobijado por los efectos y consecuencias del mismo, esto es, por la cláusula de renuncia de reclamación.

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido:

“En los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada consiste en que ella fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una prolongación de la prestación debida, sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual. Por su parte, las obras adicionales o complementarias hacen referencia a ítems o actividades no contempladas o previstas dentro del contrato que requieren ser ejecutadas para la obtención y cumplimiento del objeto contractual y, por tal motivo, para su reconocimiento se requiere de la suscripción de un contrato adicional o modificatorio del contrato inicial. En este contexto, debe precisarse que ha sido criterio jurisprudencial consistente de la Corporación que para el reconocimiento de mayores cantidades de obra u obras adicionales

comportamiento de aquel que no encuentra nunca suficientes los elementos para afirmar la existencia del hecho mismo... La prueba es un instrumento para la búsqueda de la verdad que, como tal, no sólo debe ser apropiado al fin de alcanzar, sino que debe ser también manejado perfectamente por quien lo emplea, para que pueda cumplir, sin engaño, su obra. No es suficiente que el juez sepa enumerar los elementos singulares de prueba, que sepa pasarles revista, en forma más o menos ingeniosa; es necesario que lo sepa apreciar como convenientemente y, sobre todo, que sepa captar el nexo no exterior sino íntimo que los une. Los datos singulares deben, pues, ser valorados bajo un doble aspecto: por sí mismos y en relación a los otros elementos; lo que significa buscar la conexión con sus causas y con sus efectos; trabajo que es producto de la lógica de indagador. No sin razón afirmaba Gioberti que “el criterio de la verdad es su conexión lógica con el resto”; y que “la certeza plena nace del perfecto y recíproco enfrentamiento y comparación de los antecedentes y de los consecuentes.” La evidencia, más que de la abundancia de los datos probatorios, se produce por la intimidad del nexo que los reúne y por la facilidad de aprehensión de la vinculación, en forma que permita valorar el hecho de modo rápido y seguro, y casi dominarlo.

“(…) Es por esta razón por la que Galileo afirmaba que “una experiencia manifiesta basta para enervar mil razones, y mil razones no bastan para hacer una experiencia verdadera.”” BRICHETTI, Giovanni “La evidencia en el derecho procesal penal”, Ed. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1973, pág. 10, 39, 40 y 129.

o complementarias, las mismas deben haber sido previamente autorizadas y recibidas a satisfacción por la entidad contratante, aquiescencia que debe formalizarse en actas y contratos modificatorios o adicionales, según el caso. (...) Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea “venire contra factum proprium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.

“En relación con los sobrecostos reclamados por una mayor permanencia de obra, considera la Sala que no pueden prosperar las pretensiones de la actora, dado que, como ya se observó, las suspensiones y ampliación del plazo, así como los motivos y causas que originaron el mayor tiempo del contrato quedaron consignados en actas y documentos que suscribió la contratista sin protesta alguna, esto es, en negocios jurídicos que concretaron las postergaciones de las cuales pretende ahora percibir beneficios indemnizatorios y de los que sólo vino a dar cuenta luego de su perfeccionamiento y a cuantificar una vez finalizado el plazo de ejecución del contrato.

“El dictamen pericial no aporta elementos de juicio para que pueda tenerse certeza de que el contrato haya presentado un desfase por el monto que reportan los peritos por concepto de mano de obra, equipos y maquinaria durante el plazo de extensión del contrato y tampoco los otros elementos probatorios en el proceso permiten demostrar los perjuicios que afirmó la actora haber soportado por este concepto. En conclusión, aun cuando se presentaron hechos no imputables al contratista que dieron lugar a una mayor duración del vínculo contractual, no se demostró una ruptura del equilibrio económico del contrato de obra pública SOP. 211-93 ni daños con ocasión de esa situación y, al contrario, si se probó la adopción conjunta y de mutuo acuerdo de las medidas necesarias para superar las dificultades que se presentaron con el fin de obtener la ejecución del objeto contractual. Por consiguiente, la sentencia apelada en cuanto no encontró probado el rompimiento del equilibrio financiero del contrato, derivado de sobrecostos por concepto de personal, maquinaria y equipo por mayor permanencia en la obra, será confirmada.”³⁴ (Negritas adicionales).

De allí que, las súplicas de la demanda –con independencia de los testimonios y declaraciones de los ingenieros y técnicos del contrato– no tienen vocación de

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

prosperar porque de aceptarse o avalarse el pago de las sumas en que “supuestamente” se habría desequilibrado el contrato se estaría frente a: un desconocimiento de la legalidad del contrato modificatorio –cuya validez no fue cuestionada– y un atentado contra el principio de buena fe (art. 1603 del Código Civil), en las subreglas de lealtad y de la prohibición de atentar contra los actos propios.

iii) Otro de los argumentos que alega la sociedad demandante tiene que ver con la dispersión de las domiciliarias, lo que habría desembocado en una mayor duración del contrato, así como en unos costos adicionales.

Sobre el particular, es importante precisar que el mismo pliego de condiciones en el numeral 3.3., se estableció de manera expresa que: “el contratista no podrá argumentar como causa para eventuales ampliaciones del plazo, el hecho de que las domiciliarias estén dispersas”. Lo anterior quiere significar que, EPM no estaba obligada a ampliar el plazo de ejecución del contrato y, por lo tanto, pudo enfrentarse al incumplimiento por parte del contratista; no obstante, accedió a que se ampliara el plazo de ejecución –previa solicitud elevada por el contratista– pero con la introducción de una cláusula de exoneración de responsabilidad que impedía que este último se valiera de esa circunstancia para demandar la reparación de perjuicios o el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

En ese contexto, existe un óbice de contenido constitucional, legal y contractual que impide a esta Corporación analizar de fondo y de manera individual cada uno de los factores que la demandante alega como generantes del desequilibrio económico del contrato, comoquiera que, se itera, no resulta viable desde ningún punto de vista que se desconozca el contenido del acuerdo modificatorio, toda vez que no se incluyeron salvedades en el mismo y, por el contrario, se pactó una cláusula de renuncia a todo tipo de acción o pretensión que se desprendiera de esa prórroga, que es lo que finalmente alega Concreto en esta instancia o sede judicial, razón por la que en ninguna parte de los actos procesales de esa parte se hizo referencia o mención a ese documento, ya que resulta evidente incontrastable o inexpugnable que se tenía conocimiento del contenido y alcance de esa convención en relación con la prosperidad de las súplicas de la demanda.

iv) De manera que, el comportamiento proteico de la sociedad demandante al conocer el pliego de condiciones y la claridad del mismo en relación con la

dispersión de las domiciliarias, así como la cantidad de obra a ejecutar (aproximada), y al suscribir el contrato estatal y su modificación, no admite que en la instancia judicial se desconozca el contenido de los mismos, razón adicional para denegar las súplicas de la demanda en tanto el entendimiento que se le quiere imprimir a la característica de conmutativo del contrato estatal resulta inapropiada e imprecisa, en la medida que tal y como se precisó en el capítulo anterior de este proveído, la conmutatividad no supone que el Estado asegure la utilidad del contratista en todos los eventos, sino que, por el contrario toda ejecución de un negocio jurídico lleva aparejado cierto alea normal que debe ser asumido por las partes.

En esa perspectiva, los costos y gastos en que incurrió la sociedad contratista relacionados con: i) el plan de instalación de las domiciliarias de energía en virtud de su dispersión, ii) la necesidad de someter a verificación la varilla de piso, iii) la necesidad de contratar un descartador, entre otros, son erogaciones que eran ineludibles para la adecuada ejecución del contrato y, por lo tanto, se mantienen dentro de la órbita regular o alea normal del mismo.

Por consiguiente, en el caso concreto, al no haberse dejado constancias o salvedades expresas en el contrato adicional que modificó el plazo de ejecución del negocio jurídico, se convalidó toda posible o eventual reclamación que posteriormente pudiera efectuar o elevar la sociedad demandante. En efecto, al haberse suscrito el citado negocio jurídico, con renuncia expresa del contratista a formular cualquier requerimiento, se consolidó cualquier tipo de reclamación previa, puesto que la Sala ha sostenido que en este tipo de eventos, en los que el contrato adicional o modificadorio tiene como causa una discusión relacionada con el reequilibrio del contrato estatal, en caso de que no se consignen de manera clara, expresa y específica las posibles salvedades que tengan cualquiera de las partes respecto al contrato primigenio, quedan ratificadas sin posibilidad de una nueva discusión administrativa o judicial, tal y como ocurre en el caso *sub examine*.

De manera que, el caso concreto se circunscribe a la determinación de un posible desequilibrio económico derivado de la ejecución del contrato suscrito entre la sociedad demandante y EPM, sin que se pueda reabrir el debate en torno a los hechos o circunstancias alegadas en la demanda porque, se insiste, las partes decidieron *motu proprio* reequilibrar el contrato a partir de una ampliación en el

plazo de ejecución, sin que se hubieren incorporado salvedades en ese nuevo negocio jurídico, circunstancia que impide analizar esos tópicos en sede jurisdiccional.

Sobre el particular, esta misma Sala en reciente oportunidad discurrió de la siguiente manera que, por su pertinencia, se cita *in extenso*³⁵:

“Con fundamento en lo expresado, se analizará si la suscripción de un *contrato adicional* a uno principal, por motivos ocurridos con posterioridad a éste -al contrato principal- pero previos a la celebración de aquél -al contrato adicional-, justifica indemnizar los perjuicios ocasionados y conocidos -o debido conocer- por cualquiera de las partes.

“La Sala anticipa que en estos supuestos no se reconocen perjuicios, porque además de los principios analizados – transparencia-deber de información, *pacta sunt servanda*, información y buena fe-, que rigen en toda clase de negocio jurídico, el aforismo de los glosadores del Derecho Romano «*rebus sic stantibus*», rige con gran intensidad, es decir, se sobre entiende que las partes mantienen el contrato, tanto el principal como el adicional, si no cambian las circunstancias en que se celebró. Por tanto, si se contrata conociendo unas *causas* concretas del negocio, es decir, las razones y características negativas o positivas que lo preceden, las partes no se eximen de cumplir las obligaciones ni las condiciones en que se pactó, salvo por la voluntad conjunta de deshacer el acuerdo o por causas legales.

“No obstante, esta conclusión no es definitiva, ni puede ofrecerse como absoluta en forma anticipada. Por ello se explicarán, con detalle, tres supuestos o eventos en los cuales rige la tesis explicada, porque la voluntad de las partes así lo determina, sin consideración de la equidad propia de la conmutatividad de los negocios sinalagmáticos.

“**i) Primer supuesto:** Sucede un hecho imprevisto, imprevisible o extraordinario que motiva la suscripción de un contrato adicional a un contrato principal. Vencidos los dos contratos el contratista reclama perjuicios por el hecho imprevisible, que le hizo más onerosa la ejecución.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, exp. 27648, M.P. Enrique Gil Botero.

“En armonía con la jurisprudencia de la Corporación, los hechos indemnizables son los intempestivos que sorprenden a las partes, cuando la afectada no está ni debió estar preparada para soportar las modificaciones de lo pactado. De esta forma, se responde por los cambios en las condiciones de ejecución del contrato no conocidos ni debido conocer por la parte afectada, o los que siendo previsibles alcanzan efectos diferentes de los esperados. En consecuencia, la teoría de la imprevisión se refiere, precisamente, al deber de restablecer la ecuación económica de un negocio jurídico quebrantado, porque el desarrollo del objeto se hace injustificadamente oneroso por causa del hecho imprevisible.

“Este aspecto lo consideró la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado, en la sentencia del 7 de marzo de 2011, exp. 20.683, donde consideró: “La teoría de la imprevisión ‘regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible. En general, estas tres situaciones se encuentran reglamentadas, principalmente, en los artículos 4° numeral 3° y 8°; 5° numeral 1°; 25 numeral 14; 27 y 28’. En aplicación de dicha teoría, ninguno de los anteriores sucesos o situaciones impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón del hecho imprevisible.”

“Sin embargo, frente al segundo y tercer supuesto susceptible de reparar hay que hacer dos precisiones: i) las partes no pueden alegar el desconocimiento de un hecho que después aparenta ser imprevisto, si debieron conocerlo o si con culpa no se advirtió, y ii) tampoco puede alegarse que el hecho previsible era incalculable, cuando sí lo era.

“La Sala considera, en forma general, que en estos eventos -cuando el hecho no es posterior a la celebración del contrato, sino que se conoce con antelación; cuando las partes deben conocer el contrato pero por su culpa no lo hacen y cuando siendo conocido no calculan adecuadamente sus efectos-, la parte no está obligada a repararle a la otra esos perjuicios, porque la sinceridad y seriedad con que se

acuerdan los contratos incluye esas condiciones y consecuencias.

“En el mismo sentido, y enfocados en el primer evento descrito en la teoría de la imprevisión, cuando las partes suscriben un *contrato adicional* a uno principal para corregir el hecho, suceso o circunstancia imprevisible que afectó el contrato principal, incluyendo en el acuerdo de voluntades los costos de ese suceso, la parte queda exenta de indemnizar, porque la otra conoció, antes de suscribir el contrato adicional, la *causa* del mismo³⁶, el objeto, las condiciones y costos que su trabajo generaba, y debió valorarlos para suscribir el nuevo acuerdo. De hecho, el contrato adicional debe incorporar los costos de esa contingencia, pues constituye la causa del negocio.

“Si se admitiera la tesis contraria se desnaturaliza la seriedad con que deben suscribirse los contratos, el principio de transparencia, la obligación de información que tienen partes y los principios *lex contractus pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*. De allí que es inaudito indemnizar a la parte que se le brindó la opción de celebrar o no el contrato adicional y, en general, se le otorgó la oportunidad de aceptar o no las condiciones en que se encontraba la ejecución previa a la suscripción. Sería irresponsable y deshonesto que esa parte exigiera el pago de un daño proveniente de esos hechos conocidos, actitud que amenaza la confianza y la buena fe de la otra, porque aquella aceptó la ejecución de las nuevas obligaciones, en las condiciones que conoció y luego pactó.

³⁶ “Nuestro Código Civil ofrece una noción legal de la causa ilícita que coincide exactamente con la noción jurisprudencial francesa y que, por tanto, se adapta también exactamente a la finalidad práctica perseguida por esta última. En efecto, el art. 1524 del Código Civil, a vuelta de definir la causa como ‘el motivo que induce al acto o contrato’, agrega que se entiende por causa ilícita ‘la prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público’. De suerte que en Colombia la noción legal de la causa ilícita corresponde a la de los móviles antisociales o inmorales, cuando estos sean determinantes de la celebración de los actos jurídicos. Así, fundándose en una clara institución legal, nuestros jueces están capacitados para atacar cualesquiera actos jurídicos cuya existencia haya sido determinada por móviles inmorales o contrarios al orden público, como los arrendamientos de locales destinados a garitos o prostíbulos, los pactos sobre decoración o abastecimiento de tales comercios, el mutuo para jugar o satisfacer cualquier otro vicio, las donaciones encaminadas a la corrupción del donatario o al establecimiento o continuación del concubinato, la promesa de dar dinero para que se cometa un crimen o un hecho inhumano, etc. Este último ejemplo, traído por el art. 1524, puede servir indistintamente para la aplicación de la institución del objeto ilícito por tratarse de un acto cuyas prestaciones son contrarias al orden público y a las buenas costumbres, o para la aplicación de la teoría de la causa ilícita, por cuanto los móviles determinantes de dicho acto se encuentran en las mismas condiciones de ilicitud que su objeto.” –OSPINA FERNANDEZ, O y OSPINA ACOSTA, E, Teoría General del Contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. Cuarta edición, Editorial Temis, págs. 278 y 279-

“En este horizonte, quien invoca como causa del daño presente - luego de suscribir un contrato- la materialización de un hecho anterior al negocio, no sólo desconoce el principio *rebus sic stantibus* sino que repudia su propia autonomía de la voluntad. Es el caso de un contrato de obra, donde la entidad estatal y el particular acuerdan suscribirlo sobre la base de que uno y otro entienden que se satisfacen las condiciones que estiman favorables para sus intereses; no obstante, después de celebrado el proponente no las estima así y reclama perjuicios, supuesto que no puede verse como un simple incumplimiento involuntario, sino como una violación a la transparencia y a la seriedad que reviste el contrato.

“La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha referido al respecto, en la sentencia del 21 de febrero de 2012 -exp. 00537-01-, donde declaró: “En afán de precisión, la ignorancia de circunstancias preexistentes al tiempo del contrato no legitima la imprevisión, y podrá originarse en quebranto del deber de información, lealtad, probidad, corrección, buena fe, las cargas de sagacidad, previsión o, configurar una hipótesis de error provocado o espontáneo, cuyo tratamiento es diferente a la imprevisión.” En ese orden, la garantía de la autonomía de la voluntad es otra característica que rige el caso *sub examine*, de gran importancia en el mundo de los contratos, objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, quien sostuvo en la sentencia del 3 de agosto de 2012, -exp. 00526-01-:

“Sobre ese aspecto, en pronunciamiento reciente, la Sala resaltó que “[l]a posibilidad de disponer o no disponer de los intereses, contratar o no contratar, es la máxima expresión de la autonomía ... y no resulta contradicha por sus crecientes restricciones (...) Tal es la inteligencia genuina de la autonomía privada, o sea, la libertad y poder atribuido por el ordenamiento al sujeto *iuris* para celebrar el contrato, cuyo efecto cardinal, primario o existencial es su vinculatoriedad, atadura u obligación legal de cumplirlo, sin que, en línea de principio, quienes lo celebran puedan sustraerse unilateralmente (...) La fuerza normativa de todo contrato consagrada en los artículos 1602 del Código Civil (artículo 1134, Code civil Français) y 871 del Código de Comercio (artículo 1372, Codice Civile it), genera para las partes el deber legal de cumplimiento, ya espontáneo, ora forzado (artículos 1535, 1551, 1603, Código Civil)”

“En conclusión, la teoría de la imprevisión no aplica: i) a hechos anteriores a la celebración del contrato que efectivamente se manifiestan durante su ejecución, ii) a hechos que la parte afectada no conoció, pero por su culpa, debiendo advertirlos, en cuyo caso la

concreción durante la ejecución del contrato hace responsable a quien debió calcularlos; y iii) a hechos conocidos al momento de celebrar el contrato, pero cuya cuantificación de los efectos es desacertada por culpa del contratante.

“ii) Segundo supuesto: Una parte incumple sus obligaciones contractuales, y para corregir las consecuencias de sus actos u omisiones se suscribe un contrato adicional, sin que la otra parte deje salvedad u objeción sobre el impacto que le produjo esa conducta.

“En este supuesto tampoco procede la indemnización, porque de conformidad con los principios señalados, y en forma concordante con la solución que ofrece la teoría de la imprevisión, la obligación del contratista consiste en informarle al contratante el costo de sus servicios adicionales, de ahí que para cumplir ese deber debe incluir todo concepto que genere algún costo, porque en eso consiste la previsibilidad exigible en los negocios jurídicos.

“Además, se exige que la parte -previo a la celebración del negocio adicional- sea transparente, porque no basta suministrar información si no es cierta o no corresponde a las condiciones reales a las que se sujetará el acuerdo. En consecuencia, tratándose de contratos adicionales se exige que las partes sean transparentes, y se comuniquen con claridad cuánto costará el nuevo servicio requerido. Este requisito supone que los acuerdos con el Estado sean serios, como lo son los del derecho civil y comercial. De no ser así nadie tendría seguridad, ni siquiera en la escogencia de sus contratistas, si en las ofertas se desdibuja la realidad de las condiciones en las que el proponente está dispuesto a suscribir el contrato. Por eso, en este supuesto ya no es lógico que una parte responda frente a la otra por hechos imprevisibles frente al contrato inicial, pero previsibles frente al contrato adicional, porque los conoció claramente para ese momento.

“En el caso de las obras extras o adicionales –tratándose de contratos de obra-, que exigen del contratista cambios o modificación en el orden de ejecución de las actividades que desarrollará -por ejemplo, no se puede pavimentar primero y luego instalar el alcantarillado- el contratista debe incluir en el precio del contrato adicional *todas* las erogaciones que producirá la modificación. Cosa distinta es que a la entidad le convenga o no el precio, y que lo acepte o no; no obstante, al contratista no le está

permitido viciar la autonomía de la voluntad de la entidad escondiendo las características y consecuencias reales del negocio jurídico, para luego exteriorizar su verdadera intención.

“A la inversa sucede lo mismo, si la entidad es quien reclama que las actividades originales se desarrollen en los tiempos del cronograma de obra inicial, debe incluir esa condición en las cláusulas del nuevo contrato; aunque es altamente probable que el contratista tenga un interés contrario: que se amplíe el plazo de ejecución y se re programe la obra. Si se aprueba lo segundo es lógico que el contratista se oponga a la pretensión de la entidad, pues celebró el nuevo contrato –y se añadieron obras- y aceptó se alterarán de los plazos originales.

“La situación cambia en el tercer supuesto de estudio, como se expondrá a continuación.

“iii) Tercero supuesto: Celebración de un contrato por razones de incumplimiento imputables a cualquiera de las partes. Si una parte es culpable la otra debe -como sucede con la liquidación bilateral- negociar y concretar el alcance e implicaciones de esa conducta; en su defecto dejará la salvedad de su inconformidad en el cuerpo del contrato adicional, para que eventualmente exija la indemnización.

“Esta facultad no es exclusiva del contratista, porque si la administración se siente lesionada por el incumplimiento de éste, también debe hacer lo propio si se suscribe un contrato adicional para superar la situación. *Contrario sensu*, sin constancia el contratista ni la administración podrán formular reclamaciones, porque se entiende que en el precio, plazo o cualquier otra condición acordada para el contrato adicional se recoge el descontento que fue la causa del negocio; en ello radica la transparencia del contrato. Esta tesis es la que aplica la Sección Tercera en relación con la liquidación de común acuerdo de los contratos. No obstante, la liquidación bilateral y el contrato adicional tienen la misma naturaleza jurídica: son acuerdos de voluntades, que generan derechos y/u obligaciones³⁷. En consecuencia, en uno o en otro evento a la parte

³⁷ En efecto, en sentencia del 29 de febrero de 2012, exp. 16.371, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, señaló, respecto a la naturaleza de la liquidación bilateral que:

“Cuando se suscribe el acta de liquidación de común acuerdo, ésta constituye un negocio jurídico contentivo de la voluntad de las partes que, por lo tanto, sólo puede ser invalidado por algún vicio

se le exige demostrar su inconformidad para acceder a la reparación de los eventuales perjuicios ocasionados con la ejecución del contrato, es decir, debe dejar constando la salvedad, de lo contrario no podrá exigir indemnización.

“En esa línea de pensamiento, si una parte no deja salvedades en el contrato adicional, para demostrar que no existió acuerdo total en las condiciones del contrato, y reclama la responsabilidad futura de quien propició la adición o modificación, no podrá luego exigir el pago de perjuicios por la razón que dio lugar al contrato, porque conoció –o debió conocer- la causa y los efectos que producía suscribirlo.”

Así las cosas, ante la imposibilidad de controvertir y desconocer los efectos del acuerdo contractual modificatorio, la Sala confirmará la decisión apelada, esto es, la que negó las súplicas de la demanda.

5. Costas

del consentimiento –error, fuerza o dolo- y en caso contrario, conserva su fuerza vinculante, lo que en principio impide la prosperidad de pretensiones que desconozcan su contenido, por cuanto ello implicaría ir en contra de los propios actos y desconocer una manifestación de voluntad previamente efectuada.

“20. No obstante, cabe la posibilidad de elevar judicialmente reclamaciones relacionadas con el contrato liquidado aún sin cuestionar la validez del acta de liquidación bilateral, en aquellos eventos en los cuales la parte interesada, en la misma, ha dejado expresa salvedad en relación con los puntos específicos de inconformidad frente a dicho corte de cuentas, caso en el cual puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa mediante la presentación de la respectiva demanda contractual. Al respecto, ha dicho la Sala:

“Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Sala que cuando la liquidación del contrato se realiza entre la administración y su contratista, si no se deja salvedad en el acta en relación con reclamaciones que tenga cualquiera de las partes, no es posible que luego se demande judicialmente el pago de prestaciones surgidas del contrato...”

“La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes constituye un acto de autonomía privada de aquellas que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo.

“La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal que las partes definan sus cuentas, que decidan en qué estado quedan después de cumplida la ejecución de aquél; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento.”

De conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, no habrá lugar a condenar en costas a las partes, por cuanto no se evidencia que el recurrente haya actuado con temeridad o mala fe.

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

FALLA:

Primero. Confírmase la sentencia apelada, esto es, la del 29 de abril de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia

Segundo. Ejecutoriada esta providencia, **remítase** el proceso al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

