

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Niega. Caso contrato de obra para la exploración y perforación de pozos en Bogotá

NOTA DE RELATORÍA: Síntesis del caso. El 14 de diciembre de 2010, la Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá D. C., y el Consorcio Pozos de Bogotá suscribieron el contrato No. 1442 de 2010, por virtud del cual aquel se obligó el contratista a realizar la perforación de hasta mil novecientos (1.900) metros lineales en diferentes pozos exploratorios profundos de mínimo quinientos (500) metros cada uno, con el objeto de incrementar el conocimiento geológico y de ésta forma proyectar el modelo hidrogeológico conceptual adelantado por la SDA, contribuyendo al proceso de planeación, gestión y conservación del recurso hídrico subterráneo en la Región. Como valor total del contrato se fijó la suma total equivalente a \$568´518.000,00. Como plazo de ejecución inicial del contrato se fijó el término de tres (3) meses contados a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución. Así mismo, se dispuso que hacía parte del contrato la Resolución 6524 de 2010 (3 de septiembre), por medio de la cual se estableció cláusulas comunes para la celebración de contratos de obra. Durante la ejecución del contrato se efectuó suspensión del mismo y otro sí. Finalmente, el 18 de enero de 2001, la entidad contratante declaró el incumplimiento contractual (mediante Resolución 28 de 2001 -18 de enero-); decisión que fue confirmada en por acto administrativo posterior (Resolución 330 de 2012 -7 de mayo-). Por último, se ordenó la liquidación unilateral del contrato –Resolución 1038 de 2013 (19 de julio)-.

RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO - Niega. El contratista no cumplió con la carga probatoria / ADICIÓN DE CONTRATO - Oportunidad para restablecer el equilibrio de contrato. Contratista no objetó o alego alteraciones económicas del contrato / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO - Oportunidad para restablecer el equilibrio de contrato. Contratista no objetó o alego alteraciones económicas del contrato / TERMINACIÓN Y LIQUIDACIÓN UNILATERAL DE CONTRATO ESTATAL - Acto administrativo se encuentra soportado en el incumplimiento del contratista

Así las cosas, para la Sala es claro que las circunstancias alegadas por el consorcio contratista como constitutivas de fuerza mayor y generadoras de un desequilibrio económico del contrato no cumplen con los requisitos de ser de carácter imprevisible e irresistible o inevitable, (...) También se encuentra demostrado que las circunstancias referidas se habían presentado antes de la suscripción de los otrosíes. (...) Pero además, dichas circunstancias fueron las que dieron lugar al acta de suspensión que suscribieron las partes (...) oportunidad en la cual el consorcio contratista tampoco formuló ningún tipo de salvedad o reclamo de carácter económico. (...) Ahora, con independencia de que se haya generado o no un desequilibrio económico del contrato con ocasión de las alegadas circunstancias, para la Sala es claro que para que sea procedente su restablecimiento, se encuentra en cabeza de quien lo pretende la carga de demostrar que la alteración económica del contrato es grave, que se sale de toda previsión y que no está comprendida dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contrato que deban ser asumidos por el contratista. (...) [Y también] debe cumplir con el requisito de oportunidad, es decir debe presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes, dentro de las oportunidades que en el ejercicio de la actividad contractual ha tenido para reestablecer el equilibrio económico que se ha visto roto, esto es, al momento de suscribir acuerdos como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc. (...) [Así, p]úes (...) esto es lo que acontece en

el asunto que ahora se somete a decisión, pues es evidente (...) que el consorcio demandante procedió a convenir suspensiones y prórrogas en el plazo inicialmente pactado, sin que en ninguno de ellos consignara reclamaciones, salvedades o manifestaciones de carácter económico por las alegadas circunstancias sobrevinientes, razón por la cual se considera que al momento de la suscripción de los documentos que contiene cada uno de esos actos se restableció el equilibrio económico que pudiera estar alterado precedentemente, pues nada se dijo en contrario. (...) [En consecuencia, se encuentra] que la razones expuestas por la entidad contratante y que dieron lugar a la declaratoria de incumplimiento por parte del contratista se encuentran directamente relacionadas con hechos o circunstancias que eran razonablemente previsibles para el consorcio contratista para la fecha en la que celebró el contrato y frente a las cuales debió adoptar las medidas necesarias para mitigar su impacto. (...) En cuanto a la carga de la prueba en cabeza del consorcio accionante, (...) éste no allegó ninguna prueba tendiente a demostrar que las circunstancias sobrevinientes alegadas no se ocasionaron por alguna culpa imputable a él, (...) [además,] la accionada dio respuesta a todas y cada una de las comunicaciones y derechos de petición remitidos por el consorcio contratista. [Y sus actos t]ampoco fueron expedidos con falsa motivación (...). [Por lo anterior,] no encontrando acreditados ninguno de los cargos de nulidad alegados por la accionante lo que se impone en el presente asunto es un fallo denegatorio de las pretensiones de la demanda. (...) [Tal y como] lo vio y lo decidió el Tribunal de primera instancia[, por lo que] la sentencia apelada deberá ser confirmada negando las pretensiones de la demanda y [se] manten[drá] incólume la presunción de legalidad de la que se encuentran revestidas las Resoluciones Nos. 00028 del 18 de enero de 2012, la No. 330 del 7 de mayo de 2012 y la No. 01038 del 19 de julio de 2013, por medio de las cuales, respectivamente, se declaró el incumplimiento del contrato de obra pública No. 1442 de 2010, se resolvió el correspondiente recurso de reposición interpuesto y se ordenó su liquidación. NOTA DE RELATORÍA: Problema jurídico 1: ¿Es procedente reclamar indemnización por supuesta ruptura del equilibrio contractual con posterioridad a que las partes hayan suscrito adición o prórroga del contrato en ejecución?.

CONTRATO ESTATAL - Integración, conformación. Reiteración jurisprudencial / CONTRATO ESTATAL - Normatividad aplicable. Marco normativo / INTERPRETACIÓN SUPLETIVA / TEORÍA DEL RIEGO Y DE LA IMPREVISIÓN - Aplicación en materia de contratación estatal

Se entiende que hacen parte integral del contrato estatal no solamente las reglas contenidas en los estudios previos y los pliegos de condiciones, lo convenido por las partes en el respectivo contrato, las Leyes, los Decretos, Las Resoluciones y demás normas de carácter imperativo que regulan no sólo el ejercicio de la actividad contractual del estado en general, sino también aquellas que regulan las particularidades del objeto a contratar; así como también las normas supletivas, los principios que rigen la actividad contractual, la equidad y los usos normativos. (...) Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que las partes en un proceso de selección establecen tanto en los estudios previos, como en los pliegos de condiciones unas reglas relativas a los riesgos que se pueden presentar en la ejecución del objeto contractual y quién debe asumir los efectos de su producción, pero nada convienen en el contrato estatal que celebran, sino que se remiten a la regulación contenida en otras normas, es evidente que en ésta hipótesis y para determinar la voluntad de las partes sobre ese asunto en específico, no sólo se deben integrar al contrato las reglas contenidas en los estudios y documentos previos y en el pliego de condiciones, sino también la normatividad a la que las mismas partes se remiten en el contrato.

CONTRATO ESTATAL - Riesgos en la ejecución / TEORÍA DEL RIESGO Y DE LA IMPREVISIÓN / RIESGO EN CONTRATACIÓN ESTATAL - Entidad contratante tiene obligación legal de hacer estimado de riesgos previsibles / RIESGO EN CONTRATACIÓN ESTATAL - Deber de contratista de complementar información sobre riesgos previsibles

Según lo dispone el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007, las Entidades Estatales deben incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes la tipificación, estimación y asignación de los riesgos razonablemente previsibles involucrados en el ejercicio de la actividad contractual de que se trate. (...) Pues bien, con la disposición a la que se hace referencia no sólo se le impone un deber tanto a las entidades estatales como al contratista, para que en ejercicio de los principios de planeación y de previsibilidad determinen los posibles acontecimientos o contingencias que se puedan presentar en la ejecución del contrato y que generen una alteración de la ecuación económica del contrato, sus consecuencias y establezcan cuál de las partes debe asumirlas conforme a sus capacidades de gestión, administración y control; sino que también se les otorga el derecho a discutir de manera conjunta esa tipificación, estimación y asignación de riesgos. (...) En efecto, es a la entidad la que le corresponde realizar un ejercicio detallado de estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles que se puedan presentar en la ejecución del contrato estatal, pero es al contratista que con su experticia y sus conocimientos sobre el objeto a contratar a quien le corresponde complementar dicha información suministrada por la entidad contratante. (...) De ésta forma y teniendo en cuenta que la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles se realiza de manera conjunta entre la administración y el contratista, se entiende que previamente a celebrar el contrato las partes ya tienen claro cuáles son los riesgos o contingencias que se pueden presentar en la ejecución del objeto contratado, cuál es su impacto y quien debe asumirlas y porque, evitando de esta manera que se presenten reclamaciones posteriores a la ejecución del contrato sobre puntos sobre los cuales las partes ya habían llegado a un acuerdo previamente a su celebración.

PRINCIPIO DE PREVISIBILIDAD / CONTRATACIÓN ESTATAL - Aplicación del principio de previsibilidad

En lo relativo al principio de previsibilidad en los contratos estatales, ya ésta Subsección Había señalado al respecto que: "(...) El contrato del Estado por expresa disposición legal está sujeto al principio de la previsibilidad o de contingencias plenas, que tiene como postulado básico el de la estructuración previsiva del contrato estatal y la asunción planeada y proporcional de riesgos por las partes negociales. Resulta consecuente entonces entender que todo el proceso de planeación del contrato se materializa y cumple en cuanto a la estructuración del negocio del Estado como conmutativo, en la medida en que se respete y de cumplimiento a los postulados del principio de la previsibilidad. El principio en cuestión implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervinientes, de los riesgos o contingencias del contrato, de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la conmutatividad, en consecuencia, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato, puedan generar en situaciones causantes de desequilibrio económico. (...)” De ésta forma, se entiende que en ejercicio del principio de previsibilidad tanto la entidad contratante como el contratista deben determinar o

prever la ocurrencia de circunstancias o acontecimientos que potencialmente puedan generar un ruptura del equilibrio económico del contrato, previamente a su suscripción, con base en aspectos tales como la probabilidad de producción en otros contratos similares, las condiciones en las que efectivamente pueden producirse, entre otras, para que de ésta manera se pueda determinar a quién lo corresponde asumirlos y por qué y que medidas pueden adoptarse para mitigar los efectos de su producción.

TEORÍA DEL RIESGO Y DE LA IMPREVISIÓN / RIESGO EN CONTRATACIÓN ESTATAL - Quién asume el riesgo / RIESGO EN CONTRATACIÓN ESTATAL - Gestión del riesgo / RIESGO CREADO POR HECHO DE LA NATURALEZA - Contratación estatal. Gestión del riesgo: Actuación para mitigar daño o generación de riesgo

Se entiende que por regla general quién asume el riesgo o contingencia que se presente en ejercicio de la actividad contractual es quien se encuentra en la mejor capacidad para gestionarlo, controlarlo, administrarlo y mitigarlo y para determinar quien se encuentra en mejores condiciones para ello, el Decreto No. 423 de 2001 establece que debe tenerse en cuenta tanto la tipología del contrato a celebrar, como la información y los medios con los que cuentan cada una de las partes para mitigar los efectos de su ocurrencia y la capacidad de los contratistas para administrarlos y las garantías con las que cuentan para soportarlos, entre otras. (...) En lo relativo a los riesgos de la naturaleza se ha señalado que son aquellos acontecimientos o sucesos que se causan por fenómenos telúricos sin que medie la intervención del hombre, que aunque pueden ser previsibles por su frecuencia o diagnóstico se encuentran por fuera del control de las partes y que generan un impacto considerable en la ejecución de las obras, como por ejemplo, temblores, inundaciones, lluvias, sequias, entre otros. (...) En lo relativo a los riesgos de la naturaleza se ha señalado que se debe mirar si el contratista cuenta con los medios para mitigar los efectos o consecuencias de su producción, evento en el cual deberá asumirlos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 423 DE 2001

RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL - Eventos o circunstancias determinantes / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO - Por causa de la administración / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO - Por causa del contratista / TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / PRINCIPIO CONMUTATIVIDAD

La conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse. (...) En consecuencia, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal, más que proteger el interés individual del contratista, lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato. (...) Las circunstancias determinantes de la alteración del equilibrio económico del contrato, tal como es bien sabido, pueden derivarse de hechos o actos imputables a la Administración o al contratista que configuren un incumplimiento de sus obligaciones como contratante, de actos generales del

Estado (hecho del príncipe) o de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes (teoría de la imprevisión).

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN - Fundamento / TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN - Aplicación en contratación estatal / PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL

En el campo del derecho administrativo la teoría de la imprevisión se funda primordialmente en el principio de prevalencia del interés general y en el deber a cargo del Estado de garantizar la prestación adecuada, continúa y eficiente de los servicios públicos, lo que da lugar a que la administración o el contratista en su caso, ante circunstancias sobrevinientes, extraordinarias e imprevisibles a la celebración de un determinado contrato Estatal puedan solicitar la revisión o “adaptación” económica del contrato a los hechos o circunstancias sobrevenidas.

CONTRATO ESTATAL - Riesgo. Equilibrio económico / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO POR APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN - Concepto, definición, noción. Contenido / TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN - Elementos / ADICIÓN DE CONTRATO POR HECHOS O CIRCUNSTANCIAS SOBREVINIENTES - Finalidad: Restablecer el equilibrio económico del contrato estatal / ADICIÓN DE CONTRATO POR HECHOS O CIRCUNSTANCIAS SOBREVINIENTES - Ninguna de las partes podrá alegar la indemnización de los perjuicios derivados con posterioridad a la suscripción de la adición o prórroga / PRÓRROGA DEL CONTRATO POR HECHOS O CIRCUNSTANCIAS SOBREVINIENTES - Finalidad: Restablecer equilibrio económico del contrato estatal

Se entiende que la ruptura del equilibrio económico por la teoría de la imprevisión se produce cuando un determinado contrato o relación jurídica que se supone que se celebró o surgió con prestaciones conmutativas o simétricas, o que las partes dieron por sentado que así fue, en su ejecución se descompensan o se desequilibran, generando una carga excesiva para uno de los cocontratantes ante el advenimiento de hechos o circunstancias sobrevinientes, extraordinarias e imprevistas a la fecha de su celebración. (...) Así son varios los elementos que dan lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, tal como se pasa a ver: (...) Debe tratarse de un contrato o un negocio jurídico de carácter conmutativo o sinalagmático, (...). Debe tratarse de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida en el tiempo, (...). Que se presenten hechos o circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato que generen un desequilibrio o una onerosidad excesiva para uno de los cocontratantes frente al otro, (...). Que los referidos hechos o circunstancias hayan sido extraordinarios e imprevisibles para las partes en el contrato, (...). Que los hechos o circunstancias sean exógenos, es decir que sean ajenos a la voluntad de las partes y no hayan sido producto de su actividad, negligencia, descuido o temeridad. (...) Debe resaltarse en éste punto que quien alega la imposibilidad de ejecutar las prestaciones a su cargo con ocasión de hechos o circunstancias sobrevinientes, no sólo debe demostrar que él no fue el causante de dichas circunstancias que generaron el desequilibrio económico, sino también que desplegó todos los mecanismos o medios tendientes a morigerar su impacto. (...). Que el desequilibrio o alteración económica del contrato sea excesiva, anormal o fundamental. (...) Que la revisión o adecuación del contrato por hechos o circunstancias sobrevinientes se alegue o se invoque antes de realizarse el pago respectivo, (...). Luego si lo que ocurre en un determinado asunto es que en la ejecución de un contrato estatal se presentan hechos o circunstancias sobrevinientes que alteran la ecuación económica del

contrato, para lo cual las partes suscriben varios contratos adicionales con el objeto de subsanar las consecuencias económicas derivadas de éstos, es evidente que en ésta hipótesis ninguna de las partes podrá alegar la indemnización de los perjuicios derivados de esas mismas circunstancias sobrevinientes con posterioridad a la suscripción de los referidos contratos adicionales, pues se entiende que es al momento de suscribir acuerdos como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., el momento oportuno para que las partes en el ejercicio de la actividad contractual reestablezcan el equilibrio económico que se ha visto roto. **NOTA DE RELATORÍA:** Problema jurídico 1: ¿Es procedente reclamar indemnización por supuesta ruptura del equilibrio contractual con posterioridad a que las partes hayan suscrito adición o prórroga del contrato en ejecución?.

CONTRATO ESTATAL - Imposibilidad en el cumplimiento de la prestación o del objeto contractual

La obligación es el ligamen, atadura o vínculo jurídico que se establece entre dos personas determinadas, por virtud del cual una de ellas, el deudor o sujeto pasivo de la relación jurídica, se obliga frente al acreedor o sujeto activo, a cumplir una determinada prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer algo con el fin de satisfacer los intereses de éste último, sean éstos de carácter patrimonial o no. (...) Ahora bien, por regla general el deudor debe responder por su obligación, (...) salvo que se presenten ciertas circunstancias totalmente ajenas a su voluntad que lo ubiquen en una situación de imposibilidad de cumplimiento. (...) De ésta forma, la imposibilidad o "impossibilitas" es la situación en la que se encuentra el deudor de una determinada obligación en la que no obstante haber desplegado la conducta que era esperable y le era exigible por el acreedor en los términos en los que se obligó, no le es posible ejecutar su prestación o satisfacer el interés de éste por causa o con ocasión de un acontecimiento u obstáculo de carácter absoluto e insuperable, que es totalmente ajeno a su voluntad y economía y que tiene la virtualidad de liberarlo o de extinguir la obligación a su cargo. (...) [En suma, se debe entender por incumplimiento] la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.

CONTRATO ESTATAL - Incumplimiento por imposibilidad: Requisitos para su declaración / CONTRATO ESTATAL - Incumplimiento por imposibilidad: Tipos de imposibilidad / IMPOSIBILIDAD FÍSICA DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO ESTATAL - Noción, definición, concepto / IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO ESTATAL - Noción, definición, concepto

No cualquier imposibilidad tiene la virtualidad de liberar al deudor o de extinguir la obligación a su cargo, pues la causa que dé lugar a esa situación debe ser: i) sobrevenida, es decir, que el deudor no tenga conocimiento o no hubiera podido prever su ocurrencia al momento de celebrar el contrato o negocio jurídico; ii) Definitiva, es decir, que sus efectos o consecuencias no puedan ser asumidos o sorteados a través de otros mecanismos desde el inicio de la ejecución del contrato; iii) Objetiva, es decir, que no se ocasione por una mera dificultad subjetiva, personal o económica del deudor, sino que sea totalmente ajena a su voluntad y; iv) que sea imprevisible e inevitable para éste, es decir, que el deudor no haya podido contemplar su advenimiento previamente a su ocurrencia y que no haya sido posible evitar o menguar sus consecuencias o efectos. (...) Ahora, la imposibilidad a la que se ésta haciendo referencia puede ser física o jurídica, será

física cuando proviene o se deriva de acontecimientos o hechos de la naturaleza o humanos; y será jurídica cuando se produce por un cambio legislativo o por cualquier norma, reglamento o providencia que expedida por una autoridad competente, impide la ejecución del contrato.

FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO - Como causa de imposibilidad de cumplimiento: Regulación / CONTRATO ESTATAL / FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO - Reiteración jurisprudencial

Por regla general el deudor responde por el incumplimiento de la prestación a la que se obligó, salvo aquellos casos en los que ésta se hace imposible de cumplir o ejecutar por una causa extraña a él, esto es, por la ocurrencia de un hecho que se constituya en un caso fortuito o fuerza mayor "casus", por el acto de un tercero o por el acto del acreedor, siempre y cuando éste no haya dado lugar a la misma con su conducta. (...) [Así, ante] un determinado acontecimiento o suceso se constituya en una fuerza mayor con la virtualidad de liberar al deudor de su obligación, éste debe ser imprevisible, es decir, que razonablemente no se hubiera podido prever su ocurrencia; irresistible e inevitable; es decir, que no se hubiera podido evitar previamente o atenuar las consecuencias nocivas de su producción; y debe ser totalmente ajeno a la voluntad y actividad del deudor. (...) Es de precisar en éste punto que la imprevisibilidad o irresistibilidad de un determinado acontecimiento que pueda ser constitutivo de una fuerza mayor con la virtualidad de liberar al deudor de su obligación, no son nociones de carácter objetivo, sino que se debe valorar en cada caso tanto las circunstancias particulares en las que éste se produjo, la probabilidad de su producción en las condiciones normales de ejecución del contrato; así como también lo acordado por las partes en el contrato respecto de dicho fenómeno y la posible responsabilidad a cargo de cada una de las partes ante su ocurrencia. (...) Pero además, para establecer si el fenómeno al que se alude tiene la virtualidad de liberar al deudor de su obligación se debe valorar su grado de diligencia en las diferentes etapas de ejecución del contrato.

PRINCIPIO DE BUENA FE OBJETIVA - Aplicación en materia de contratación estatal / PRINCIPIO DE BUENA FE OBJETIVA - Concepto, definición, noción / PRINCIPIO DE BUENA FE OBJETIVA - Regulación

El artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, ordena que los contratos deberán ejecutarse de buena fe y que por consiguiente obligan a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza. (...) Estos preceptos, a no dudarlo, consagran la buena fe objetiva que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia. (...) Por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual. En consecuencia, si una parte, por ejemplo, bajo su íntima convicción o creencia, confía fundadamente en que superara las diversas dificultades o vicisitudes que se han presentado desde el inicio de la ejecución de las obras, e insiste en continuar con su ejecución, suscribiendo acuerdos para superarlas, pero una vez vencido el plazo contractual alega la imposibilidad para ejecutarlas en su totalidad, es evidente que en ésa hipótesis su comportamiento contradice ese deber de buena fe objetiva, pues si bajo su íntima

convicción o creencia creyó fundadamente que podría superarlas o atenuar sus efectos negativos, no cumplió con las obligaciones derivadas del acuerdo, no adoptó las medidas necesarias para superarlas y en fin no adoptó un comportamiento que propendiera por la pronta y oportuna ejecución de las obras contratadas.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 871 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1603

IMPOSIBILIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DE CONTRATO ESTATAL - Carga de la prueba en cabeza de quien lo alega / PRINCIPIO CARGA DE LA PRUEBA / IMPOSIBILIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DE CONTRATO ESTATAL - Daño y cuantía del perjuicio

Es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y la cuantificación del perjuicio sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C. C. A. (...) Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediablemente condenada al fracaso. (...) Ahora, si en un determinado asunto lo que se pretende es que se indemnicen unos perjuicios con ocasión de la ruptura del equilibrio económico de un contrato estatal que se produjo por la ocurrencia de unos hechos o circunstancias sobrevinientes, extraordinarias e imprevisibles a su celebración, en este evento corre por cuenta del acreedor-demandante la carga de demostrar no solamente que la alteración del equilibrio financiero del contrato se produjo como consecuencia de las referidas circunstancias sobrevinientes, que dichas circunstancias no son imputables a su actividad contractual y que no eran razonablemente previsibles, sino también la magnitud de esa alteración.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 25000-23-36-000-2013-01717-01(54614)

Actor: CONSORCIO POZOS DE BOGOTA

Demandado: BOGOTA DISTRITO CAPITAL - SECRETARIA DISTRITAL DE AMBIENTE

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)

Contenido: Descriptor: Se confirma la sentencia de primera instancia al encontrarse acreditado el incumplimiento del Consorcio Demandante / Restrictor: Integración del contrato estatal / Riesgos que pueden producirse en la ejecución del contrato estatal/ Ruptura del equilibrio económico del contrato y la Teoría de la imprevisión/ la imposibilidad en el cumplimiento de la prestación o del objeto contractual/ La fuerza mayor o el caso fortuito como una de las causas de imposibilidad en el cumplimiento del objeto contractual/ El principio de buena fe objetiva/ El daño, la cuantía del perjuicio y la carga de la prueba en cabeza de quién lo alega.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en la audiencia que tuvo lugar el 26 de marzo de 2015 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda y se condenó en costas a la parte actora.

I. ANTECEDENTES.

1. Lo Pretendido

1.1.- El 5 de septiembre de 2013¹ el **Consorcio Pozos de Bogotá**, conformado por las **Sociedades Geotechnical S.A.S e Indecom S.A.**, presentaron demanda, posteriormente subsanada el 27 de noviembre de 2013² contra el **Distrito Capital – Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría Distrital de Ambiente** solicitando que se declarara la nulidad de las Resoluciones Nos. 00028 del 18 de enero de 2012, la No. 330 del 7 de mayo de 2012 y la No. 01038 del 19 de julio de 2013, por medio de las cuales, respectivamente, se declaró el incumplimiento del contrato de obra pública No. 1442 de 2010, se resolvió el correspondiente recurso de reposición interpuesto y se ordenó su liquidación.

1.2.- Solicita, como consecuencia de las anteriores declaraciones, que se condene a los demandados al reconocimiento y pago de la suma equivalente a \$387'465.738, por concepto de los perjuicios materiales que le fueron ocasionados en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, más el monto de los perjuicios que resultaren probados a lo largo del proceso, debidamente actualizados.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.

¹ Folios 1 a 15 del C. No. 1.

² Folio 31 del C. No. 1.

2.1.- El 14 de diciembre de 2010 se celebró entre el consorcio demandante y la Secretaría Distrital de Ambiente el contrato No. 1442 de 2010, por virtud del cual aquel se obligó en favor de ésta a realizar la perforación de hasta mil novecientos (1.900) metros lineales en diferentes pozos exploratorios profundos de mínimo quinientos (500) metros cada uno, con el objeto de incrementar el conocimiento geológico y de ésta forma proyectar el modelo hidrogeológico conceptual adelantado por la SDA, contribuyendo al proceso de planeación, gestión y conservación del recurso hídrico subterráneo en la Región.

2.2.- Como plazo de ejecución inicial del contrato se fijó el término de tres (3) meses contados a partir de la suscripción del acta de iniciación de las obras y previo cumplimiento de los requisitos de ejecución, esto es, desde el 16 de diciembre de 2010.

2.3.- Como valor total del contrato se fijó la suma total equivalente a \$568'518.000,00.

2.4.- Dice que si bien inició las perforaciones tanto en el pozo No. 1 ubicado en el predio "El Carmen" del barrio Santa Fe, localidad de Bosa; como en el Pozo No. 2, ubicado en un predio denominado "Fontanar del Río" en la localidad de Suba, encontró colchones de gas metano que generaron explosiones en ambos pozos, lo que dio lugar a la suspensión en la ejecución de las obras.

2.5.- En cuanto a los otros pozos señaló que iniciadas las perforaciones se encontró con capas de material plástico y capas arenosas que taponaban las tuberías, la ola invernal de 2011 que azotó la Ciudad y la imposibilidad de perturbar los animales que habitaban algunas de las zonas impidió que se continuara con las obras de perforación.

2.6.- El 9 de septiembre de 2011 la Subdirectora contractual requiere al consorcio contratista para que acuda a una audiencia de descargos por el presunto incumplimiento del contrato, planteando la posibilidad de darlo por terminado y liquidarlo de mutuo acuerdo *"teniendo en cuenta la cantidad de obra ejecutada hasta esa fecha, de 887.6 metros lineales perforados y los sobrecostos incurridos, que según la SDA serían objeto de una adición presupuestal al contrato"*.

2.7.- Por medio de la Resolución No. 00028 del 18 de enero de 2012 la Secretaría de Ambiente declaró el incumplimiento total del contrato de obra pública No. 1442 de 2010, por estimar que si bien el contratista había realizado algunas perforaciones, no cumplió con los 1.900 metros lineales de perforación convenidos.

2.8.- Contra dicha Resolución se instauró el recurso de reposición el cual fue resuelto a través de la Resolución No. 330 del 7 de mayo de 2012 en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes.

2.9.- A través de la Resolución No. 01038 del 19 de julio de 2013 la accionada ordenó la liquidación unilateral del contrato suscrito en la que no se incluyó la cantidad de metros perforados que ascendió a 887,6, causando un detrimento patrimonial y un enriquecimiento sin justa causa.

2.10.- Manifiesta el consorcio accionante que no incurrió en incumplimiento alguno, que ejecutó las obras objeto del contrato por más del 40%, y que las circunstancias que impidieron continuar con su ejecución se encuadran dentro de la teoría de la imprevisión y se concretan en i) la ausencia de predios para perforar y el estudio de los mismos; ii) la presencia de gas metano en éstos que generó explosiones; iii) la presencia de capas de plástico y capas arenosas que impidieron continuar con las labores de perforación; y iv) la ola invernal de 2011 que azotó la Ciudad.

2.11.- Por último, señala que los actos administrativos impugnados vulneraron lo dispuesto en los artículos 2,6,25,83 y 124 de la Constitución Política, el artículo 4º, el numeral 18 del artículo 9 y los artículos 23, 26 Nos. 1 y 2, 28, 50 y 51 de la Ley 80 de 1993; y los artículos 1602, 1603 y 1613 del Código Civil, que se expidieron con violación al derecho fundamental al debido proceso y con falsa motivación.

3. El trámite procesal.

3.1.- Admitida que fue la demanda³ y noticiado el demandado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y la Secretaría Distrital de Ambiente le dio respuesta⁴ oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

3.2.- Fijada la fecha para llevar a cabo la audiencia inicial⁵, ésta tuvo lugar el 16 de junio de 2014⁶, en el curso de la cual se saneo el proceso se fijó el litigio, se

³ Folios 42 a 43 del C. No. 1.

⁴ Folios 47 a 53 del C. No. 1.

pronunció sobre las pruebas arrimadas por las partes y se fijó como fecha inicial para llevar a cabo la audiencia de pruebas el 8 de julio de 2014.

3.3.- Aplazada la fecha para llevar a cabo la audiencia de pruebas, finalmente ésta tuvo lugar el 19 de agosto de 2014⁷, en el curso de la cual se aceptó el desistimiento por parte de la accionada del testimonio de la señora María Odilia Clavijo Rojas, se ordenó prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo fue aprovechada por las partes.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.

4.- Fijada la fecha para llevar a cabo la audiencia de juzgamiento el 26 de marzo de 2015⁸ el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda y condenó al demandante al pago de la suma de \$11'623.972,00 por concepto de agencias en derecho.

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

4.1.- Hace referencia a la teoría de la imprevisión, a los supuestos para su configuración y trae a cuento algunas de las sentencias proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación al respecto, para luego concluir que para aplicar dicha teoría se debía considerar que el contratista ha cumplido con sus obligaciones pero que en la ejecución del contrato se han presentado circunstancias imprevisibles, de carácter parcial y temporal, no constitutivas de fuerza mayor que impedían que éste continuara con su ejecución, de forma tal que con su aplicación lo que se buscaba era ayudar al contratista a superar dichas circunstancias para que se continuaran prestando los servicios.

4.2.- Al analizar el caso concreto señaló que si bien según el contenido del acto administrativo impugnado se encontraba que en la ejecución del contrato No. 1442 de 2010 se habían presentado algunos imprevistos tanto desde el punto de vista climático, como desde el punto de vista técnico, dichos inconvenientes habían sido superados por las partes a través de la suscripción de los otrosíes, razón por la

⁵ Folio 58 del C. No. 1.

⁶ Folios 59 a 61 del C. No. 1.

⁷ Folio 62 del C. No. 1.

⁸ Folios 80 a 86 del C. No. 1.

cual a partir de la suscripción del otrosí No. 2 la entidad contratante se encontraba facultada para exigirle al consorcio contratista que cumpliera con las obligaciones a su cargo.

4.3.- Dice que lo señalado adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el contratista no formuló ninguna salvedad de carácter económico, de forma tal que mal se podría considerar que las sumas entregadas a título de anticipo se hubieran visto afectadas por la ocurrencia de los referidos imprevistos.

4.4.- Manifiesta que el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista no se originó en los imprevistos climáticos y de carácter técnico referidos; y que dieron lugar a la suscripción de los otrosíes, sino que tiene su causa en aspectos relacionados con la maquinaria, es decir con circunstancias presentadas con posterioridad a la suscripción de dichos acuerdos.

4.5.- Afirma que el incumplimiento que se le imputa al contratista y que generó la paralización de las obras se ocasionó porque éste no contaba ni con las herramientas, ni con la maquinaria adecuada para realizar las perforaciones, pues no observó las especificaciones técnicas y esenciales fijadas en el contrato para éste tipo de máquinas.

4.6.- Señala que además el contratista tampoco allegó prueba alguna a través de la cual hubiera podido acreditar que el incumplimiento de las obligaciones a su cargo tuvo una causa diferente a la aducida por la entidad para declararlo, o que pese a la suscripción de los otrosíes, los imprevistos presentados impidieron que cumpliera con sus obligaciones.

4.7.- Precisa que si bien el objeto del contrato debía ejecutarse en tres (3) pozos ubicados en tres predios y que la entidad contratante sólo entregó dos (2) de ellos al presentar el tercero dificultades ambientales, dicha circunstancia no conllevaba *per se* a que el contratista se encontrara en la imposibilidad de cumplir con las obligaciones a su cargo, pues cada perforación era independiente y éste debía realizar perforaciones profundas en cada pozo de mínimo 500 metros cada uno.

4.8.- Luego si se encontraba obligado a perforar mínimo 500 metros lineales en los dos pozos ubicados en los predios que le fueron entregados, el cumplimiento de dicha obligación no se encontraba supeditada a la entrega del tercer pozo.

4.9.- Señala que para declarar el incumplimiento la administración analizó cada una de las intervenciones y perforaciones realizadas por el contratista, observando

que para esa fecha éste ni siquiera había cumplido con una parte del objeto contractual en los pozos ubicados en los dos (2) predios entregados.

4.10.- No resultan válidos los argumentos de la contratista tendientes a aseverar que la presencia de bolsas de gas y de estructuras de plástico en los pozos eran circunstancias imprevisibles, pues si dichas circunstancias eran superables éste debía adoptar las medidas técnicas para continuar con la ejecución de la obra y si sólo le generaban mayores costos debía solicitar el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato; y sí dichas circunstancias no eran superables por tratarse de fuerza mayor el contratista debía informarle a la entidad contratante para que ésta adoptara las medidas pertinentes, pues nadie se encuentra obligado a cumplir con obligaciones imposibles.

4.11.- Concluye señalando que pese a los imprevistos presentados el contratista se encontraba obligado a cumplir con el objeto contractual, más aun teniendo en cuenta que los posibles efectos económicos de dichos imprevistos fueron solucionados a través de la suscripción de dos otrosíes, razón por la cual ante la declaratoria de incumplimiento por parte de la entidad contratante no podía el contratista desconocer lo allí acordado.

4.12.- De otra parte señaló que el consorcio accionante no allegó ni mucho menos solicitó el decreto y la práctica de alguna prueba a través de la cual hubiera podido demostrar que contrario a lo señalado por la entidad contratante, sí había cumplido con las obligaciones a su cargo.

4.13.- Con fundamento en las anteriores consideraciones señaló que teniendo en cuenta que el demandante no había logrado desvirtuar la presunción de legalidad de la que se encuentran revestidos los actos administrativos impugnados en el sentido de no acreditar que los imprevistos presentados impidieron que diera cumplimiento a las obligaciones a su cargo, las pretensiones se encontraban totalmente destinadas al fracaso.

4.14.- Por último, condenó al consorcio accionante al pago de la suma total equivalente a \$11'623.972,00 por concepto de costas y agencias en derecho.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN.

5.- Contra lo así resuelto se alzó la parte demandante, el consorcio pozos de Bogotá en el que se opuso a la interpretación que le dio el Tribunal de primera instancia a la teoría de la imprevisión, a los argumentos expuestos para solucionar

el caso concreto y a la decisión finalmente adoptada por éste al no ajustarse ni al acervo probatorio ni a las pretensiones de la demanda, para lo cual expuso las siguientes razones:

5.1.- Dice que la accionada incurrió en el “*fenómeno jurídico de La Imprevisión y el caso Fortuito y Fuerza mayor*”, pues previamente a la suscripción del acta de inicio de las obras no contaba con los predios para realizar las perforaciones ni con los permisos de los propietarios de éstos y si bien entre las partes se suscribieron acuerdos para continuar con la ejecución del contrato y compensar los sobrecostos en los que incurrieron con ocasión de los imprevistos climatológicos y técnicos presentados, ésta decidió ordenar unilateralmente su terminación y liquidación.

5.2.- Afirma que la accionada también vulneró lo dispuesto en los numerales 8.2.2.1. y el 8.3.1 de los estudios previos, pues si bien allí se dispuso que la Secretaría de Medio Ambiente entregaría junto con los pliegos de condiciones o términos de referencia la localización de los predios donde se llevarían a cabo las perforaciones, ello nunca ocurrió y sólo una vez se firmó el acta de iniciación de las obras ésta inicio la búsqueda de éstos.

5.3.- Ni en los prepliegos, ni en los pliegos definitivos del proceso de selección que dio lugar al contrato No. 1442 de 2010 se contemplaron requisitos esenciales tales como los predios o lugares donde se debían realizar las perforaciones, ni los estudios geológicos y de suelos sobre dichos predios, ni la visita obligatoria de obra a éstos; lo que impidió que los oferentes pudieran tener claridad sobre el sector o la zona donde se debían ejecutar las obras objeto del contrato o sobre las condiciones climáticas y de accesibilidad e incluso que pudieran prever las posibles contingencias que se presentarían al momento de ejecutar el contrato.

5.4.- Para la Secretaría de Ambiente el consorcio contratista no había incurrido en ningún incumplimiento, pues si bien en el contrato las partes convinieron la facultad de imponer multas en caso de que éste incurriera en incumplimiento de las obligaciones a su cargo, la accionada no le impuso ninguna multa a lo largo de la ejecución del contrato.

5.5.- Reitera que la accionada incurrió en imprevisión y que con los actos administrativos demandados vulneró lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el Decreto 2474 de 2008 y el No. 2525 de 2009.

5.6.- Manifiesta que no podía la Secretaría de Ambiente ordenar la terminación unilateral del contrato con fundamento en el presunto incumplimiento del contratista, pues fue ésta quien dio lugar a los hechos constitutivos del mismo, razón por la cual los actos administrativos impugnados eran nulos por falsa motivación.

5.7.- En la ejecución del contrato la accionada aceptó “*los yerros en los que incurrió*” y trató de subsanarlos tratando de ubicar otros predios para perforar y proponiéndole al contratista el pago de los metros perforados, pero luego caprichosamente decidió dar por terminado unilateralmente el contrato cuando éste debió darse por terminado de mutuo acuerdo.

5.8.- Por último, trae a cuento unas sentencias proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación el 11 de septiembre de 2003 bajo el radicado No. 14.781; el 4 de febrero de 2010 bajo el radicado No 15.400 y una proferida por la Sección Primera el 29 de abril de 2010 bajo el radicado No. 2006-00375 relativas a la Teoría de la imprevisión y al hecho del príncipe, para luego señalar que en el presente asunto se había logrado demostrar que las circunstancias presentadas en la ejecución del contrato No. 1442 de 2010 eran imprevisibles e irresistibles y que afectaron sustancialmente su normal ejecución.

5.9.- Con base en lo anterior, el apelante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y que en su lugar se acojan las súplicas de la demanda.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

6.- Luego de admitirse el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante el 18 de agosto de 2015⁹, de haberse fijado como fecha para llevar a cabo audiencia de alegatos de conclusión el 12 de octubre de 2016¹⁰ y de haberse

⁹ Folio 104 del C. No. 1.

¹⁰ Folio 106 del C. No. 1.

practicado dicha diligencia¹¹, el señor agente del Ministerio Público en su concepto¹² opina que debe confirmarse la sentencia de primera instancia con fundamento en las siguientes razones:

6.1.- Trae a cuenta una sentencia proferida por la Sección Tercera de ésta Corporación el 28 de enero de 2016 bajo el radicado No. 34.454 relativa a la teoría de la imprevisión y hace referencia al contrato No. 1442 de 2010 y a los otrosíes Nos. 1 y 2, para luego señalar que si bien hubo circunstancias que impidieron la ejecución normal de dicho contrato, las partes solucionaron dichos inconvenientes con la suscripción de los otrosíes y que desde la suscripción del segundo otrosí la Entidad Distrital contaba con la facultad de exigirle al contratista el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

6.2.- Señaló que los incumplimientos del contratista no guardaban relación alguna con las circunstancias subsanadas a través de la suscripción de los otrosíes sino con circunstancias posteriores relacionadas con la maquinaria y que la no entrega del tercer predio por parte de la entidad contratante no conllevaba a la imposibilidad de que el contratista diera cumplimiento a las obligaciones a su cargo en los dos predios entregados.

6.3.- Dice que el contratista debía realizar las perforaciones en los predios que le fueron entregados, pues el cumplimiento de sus obligaciones no se supeditaba a la entrega de todos los terrenos y que la administración había analizado el cumplimiento del contratista frente a cada una de las intervenciones por él realizadas, observando que no había cumplido sus obligaciones en los dos predios entregados.

6.4.- En lo relativo a que la presencia de bolsas de gas y la estructura de plástico en los pozos no eran circunstancias previsibles, señaló que el contratista debía adoptar las medidas técnicas para continuar con la ejecución de la obra y si ese aspecto le generaba mayores costos debía solicitar el restablecimiento de la ecuación financiera, o si la causa era una fuerza mayor debió manifestarle esa situación a la entidad distrital para que adoptara las decisiones pertinentes por cuanto no estaba obligado a cumplir obligaciones imposibles.

¹¹ Folios 386 a 388 del C. No. 1.

¹² Folios 364 a 381 del C. No. 1.

6.5.- Concluye señalando que tal como lo había señalado el Tribunal el contratista no había logrado demostrar que había cumplido con las obligaciones a su cargo, no había allegado ni solicitado la práctica de alguna prueba tendiente a acreditar su cumplimiento y no había logrado desvirtuar la presunción de legalidad de la que se encuentran revestidos los actos administrativos impugnados, razones por las cuales la sentencia apelada debía ser confirmada.

VII. CONSIDERACIONES.

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** Integración del Contrato; **2)** Riesgos que se pueden producir en la ejecución del contrato estatal; **3)** Ruptura del equilibrio económico del contrato y la Teoría de la imprevisión; **4)** La Imposibilidad en el cumplimiento de la prestación o del objeto contractual; **4.1)** La fuerza mayor o el caso fortuito como una de las causas de imposibilidad en el cumplimiento del objeto contractual; **5)** El principio de Buena fe objetiva; **6)** El daño, la cuantía del perjuicio y la carga de la prueba en cabeza de quién lo alega; **7)** Los hechos probados; **8)** La solución del caso concreto.

1. Integración del Contrato.

1.1.- Sobre éste punto, ya en anteriores oportunidades ésta Subsección se había pronunciado al respecto para señalar que:

1.2.-“Cuando se trata de establecer los derechos y las obligaciones que surgen en favor y a cargo de las partes en razón de un negocio jurídico, hay tres grandes labores que debe emprender el juzgador para la verificación correspondiente.

La primera es la interpretación del negocio jurídico celebrado que tiene por objeto fundamental constatar el acuerdo al que llegaron las partes, verificar los efectos que estos le señalaron a su convenio y la incorporación de estas comprobaciones al negocio.

La segunda es la calificación del negocio celebrado, que no es otra cosa que su valoración jurídica, esto es, determinar cuál fue el esquema negocial empleado por

los disponentes, precisar las repercusiones jurídicas que de ese esquema se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo.

La tercera es la integración del negocio jurídico que consiste en incorporarle toda aquella regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes sino en la ley y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres como también se les llama.

En lo que atañe a la integración de la ley al contrato debe decirse que han de incorporarse no sólo las normas legales imperativas sino también las dispositivas, teniendo en cuenta que las primeras tienen que anidarse de manera ineludible e inmediata en el contrato, independientemente del querer de las partes, mientras que las segundas han de integrarse a falta de estipulación o de acuerdo en contrario de los contratantes, razón por la que en este último caso se dice que estas normas supletivas colman los vacíos dejados por los disponentes pero sólo aquellos que no puedan ni deban ser llenados con los criterios de la hermenéutica comercial, pues en este evento se estaría entonces frente a una labor de interpretación y no a una de integración contractual.

En síntesis, la precisión de los derechos y de las obligaciones que surgen en favor y a cargo de los contratantes supone que el juzgador realice las siguientes tareas fundamentales: interpretar el acto, valorarlo jurídicamente y finalmente integrarle todos los preceptos extranegociales que le correspondan.

Con otras palabras, el juez debe empezar por enterarse de qué fue lo que convinieron las partes (interpretar), proseguir con la valoración jurídica de lo pactado (calificando el acto, constatando los efectos jurídicos que de él se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo), para finalmente concluir con la integración de las disposiciones externas al contrato que le correspondan (normas imperativas, normas supletivas, principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos).

Ahora, estas labores cobran mayor trascendencia en la actividad del juzgador cuando hay discrepancias entre las partes sobre el verdadero esquema comercial por ellos empleado puesto que ante tales divergencias es aquel quien está

llamado a puntualizarlo con autoridad y de manera vinculante y definitiva para los contendientes”¹³.

1.3.- De ésta forma, se entiende que hacen parte integral del contrato estatal no solamente las reglas contenidas en los estudios previos y los pliegos de condiciones, lo convenido por las partes en el respectivo contrato, las Leyes, los Decretos, Las Resoluciones y demás normas de carácter imperativo que regulan no sólo el ejercicio de la actividad contractual del estado en general, sino también aquellas que regulan las particularidades del objeto a contratar; así como también las normas supletivas, los principios que rigen la actividad contractual, la equidad y los usos normativos.

1.4.- Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que las partes en un proceso de selección establecen tanto en los estudios previos, como en los pliegos de condiciones unas reglas relativas a los riesgos que se pueden presentar en la ejecución del objeto contractual y quién debe asumir los efectos de su producción, pero nada convienen en el contrato estatal que celebran, sino que se remiten a la regulación contenida en otras normas, es evidente que en ésta hipótesis y para determinar la voluntad de las partes sobre ese asunto en específico, no sólo se deben integrar al contrato las reglas contenidas en los estudios y documentos previos y en el pliego de condiciones, sino también la normatividad a la que las mismas partes se remiten en el contrato.

2. Riesgos que se pueden producir en la ejecución de un contrato estatal.

2.1.- Según lo dispone el artículo 4^o de la Ley 1150 de 2007, las Entidades Estatales deben incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes la tipificación, estimación y asignación de los riesgos razonablemente previsibles involucrados en el ejercicio de la actividad contractual de que se trate.

2.2.- A su vez dispone que en las licitaciones públicas, las Entidades deberán disponer en los pliegos de condiciones el momento en el que entre éstas y los proponentes se revisara la asignación de riesgos, previamente a la presentación de las ofertas.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de junio de 2013, Expediente: 23.730.

2.3.- Pues bien, con la disposición a la que se hace referencia no sólo se le impone un deber tanto a las entidades estatales como al contratista, para que en ejercicio de los principios de planeación y de previsibilidad determinen los posibles acontecimientos o contingencias que se puedan presentar en la ejecución del contrato y que generen una alteración de la ecuación económica del contrato, sus consecuencias y establezcan cuál de las partes debe asumirlos conforme a sus capacidades de gestión, administración y control; sino que también se les otorga el derecho a discutir de manera conjunta esa tipificación, estimación y asignación de riesgos.

2.4.- En efecto, es a la entidad la que le corresponde realizar un ejercicio detallado de estimación, tipificación y estimación de los riesgos previsibles que se puedan presentar en la ejecución del contrato estatal, pero es al contratista que con su experticia y sus conocimientos sobre el objeto a contratar a quien le corresponde complementar dicha información suministrada por la entidad contratante.

2.5.- De ésta forma y teniendo en cuenta que la estimación tipificación y asignación de los riesgos previsibles se realiza de manera conjunta entre la administración y el contratista, se entiende que previamente a celebrar el contrato las partes ya tienen claro cuáles son los riesgos o contingencias se pueden presentar en la ejecución del objeto contratado, cuál es su impacto y quien debe asumirlos y porque, evitando de esta manera que se presenten reclamaciones posteriores a la ejecución del contrato sobre puntos sobre los cuales las partes ya habían llegado a un acuerdo previamente a su celebración.

2.6.- Ahora bien, en lo relativo al principio de previsibilidad en los contratos estatales, ya ésta Subsección Había señalado al respecto que:

“El contrato del Estado por expresa disposición legal está sujeto al principio de la previsibilidad o de contingencias plenas, que tiene como postulado básico el de la estructuración previsiva del contrato estatal y la asunción planeada y proporcional de riesgos por las partes negociales. Resulta consecuente entonces entender que todo el proceso de planeación del contrato se materializa y cumple en cuanto a la estructuración del negocio del Estado como conmutativo, en la medida en que se respete y de cumplimiento a los postulados del principio de la previsibilidad. El principio en cuestión implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional

entre las partes intervinientes, de los riesgos o contingencias del contrato¹⁴, de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la conmutatividad, en consecuencia, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato, puedan generar en situaciones causantes de desequilibrio económico¹⁵.

Se trata, por lo tanto, de un principio que llama a la estructuración previsiva del contrato estatal como regla, determinando con su aplicación la asunción planeada, ponderada, proporcional de los riesgos en aras del mantenimiento del equilibrio económico, en consecuencia, la conmutatividad, reduciendo la imprevisibilidad a contextos simplemente excepcionales.

La previsión se transmuta en una norma vinculante para las administraciones públicas responsables de la contratación estatal, convirtiéndose en un claro deber funcional en la materia dirigido a la protección de los intereses generales y públicos, obligando a los estructuradores de los contratos para que incorporen dentro de los mismos, la totalidad de medidas administrativas y financieras necesarias para que los riesgos previsibles no se materialicen, o de ocurrir los mismos, se mitiguen adecuadamente. Se trata de un deber sustancial y no meramente formal¹⁶.

En el derecho colombiano, el principio se ha entendido aplicable a la contratación estatal a partir de la aplicación por remisión de las disposiciones del Código Civil, artículo 1498, en cuanto toda relación conmutativa implica acuerdos en torno a lo que las partes entienden por equilibrio, los cuales necesariamente pueden hacer referencia a contingencias, derivados del negocio planteado. Y artículo 1616, que admite la posibilidad que los riesgos relativos de fuerza mayor o caso fortuito puedan ser repartidos entre las partes negociantes.

¹⁴GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, pp 127 y ss (original del fallo que se cita)

¹⁵ De manera general puede consultarse en torno a los riesgos en los contratos públicos: MARCOS AUGUSTO PEREZ. *O risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*, Editora Forum, Belo Horizonte, 2006; MARÍA JOSÉ VAÑÓ VAÑÓ. *El Contrato de "Project Finance"*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; RAÚL ENRIQUE GRANADILLO OCAMPO. *Distribución de los Riesgos en la Contratación Administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 2000; JOSÉ LUIS BENAVIDES. *Riesgos Contractuales*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2009 (original del fallo que se cita)

ALBERTO RUIZ OJEDA. *La Concesión de Obra Pública*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006; FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ DE CISNEROS CID. *Obras Públicas e Iniciativa Privada*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1998. PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ. *Ejecución y Financiación de Obras Públicas*, Fundación Caixagalicia, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006. J. LUIS GUASCH. *Concesiones en Infraestructura. Como Hacerlas Bien*. The World Bank – Antoni Bosh Editor, Barcelona, 2004. JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. *La Construcción y Financiación de las Infraestructuras Públicas*, Revista del Derecho de la Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, Redeti, No 10, 2001 (original del fallo que se cita)

¹⁶ HUGO PALACIOS MEJÍA. *La cláusula de Equilibrio Contractual y sus Efectos en los Contratos de Concesión*, Concesiones en Infraestructura, Ministerio de hacienda, Coinvertir, Corporación Andina de Fomento, Bogotá, 1996, pp. 14 y 15 (original del fallo que se cita)

Ahora bien, de fondo y bajo un marco de estricto derecho público, el asunto de los riesgos y contingencias surge sobre la óptica de su problemática e impacto fiscal con las Leyes 448 de 1998 y el Decreto Reglamentario 423 de 2001 artículos 15 y 16, en donde de manera expresa se sostiene la necesidad de enfrentar mediante el principio de la previsibilidad, las contingencias contractuales del Estado, haciendo un reparto lógico y proporcional de las mismas en aras de obtener un equilibrio óptimo en la relación contractual, principio que conforme a los parámetros legales son retomados en los documentos CONPES Nos 3107 y 3133 de 2001, como parte de la definición de la política estatal en materia de riesgos en contratos de infraestructura, pero que en líneas generales, constituyen los principales instrumentos orientadores de la aplicación de la previsibilidad a los contratos estatales en el derecho nacional.

Dentro del marco estricto de las normas propiamente referidas al contrato estatal, el principio fluye de manera significativa de los artículos 4 Nos 3 y 8; 25 Nos 6, 7, 12; 26 No 3; 28 de la Ley 80 de 1993, en donde se prevé la necesidad de un orden previo de los asuntos relativos al contrato en virtud de una profunda planeación de los negocios jurídicos del contrato. El punto culminante de esta secuencia de orden positivo se da con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, artículo 4¹⁷, en donde de manera imperativa se obliga a todos los responsables de la contratación pública estatal y para todos los contratos públicos, analizar la contingencias a las que los mismos puedan estar sujetos, tipificarlas y distribuir las a quien mejor las pueda soportar. Norma que hace que todos los contratos del Estado a partir de su entrada en vigencia se incorporen bajo el concepto de previsibilidad o de contingencias plenas como los denomina la doctrina.

Debemos entender, no obstante la generalidad de la norma, todos aquellos por esencia sinalagmáticos y conmutativos, no así los de efectos estrictamente unilaterales, que como advertimos constituyen una clara excepción al concepto propuesto de contrato estatal.

El riesgo en consecuencia se coloca en el centro de la actividad previsoras como determinante de la estructuración de los contratos estatales, en cuanto su identificación y asignación sobre bases de proporcionalidad reduce el excluyente mundo de la imprevisión, reducto de contingencias inexploradas haciendo previsible, luego materia de

¹⁷ Ley 1150 de 2007. Artículo 4.- De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva (original del fallo que se cita)

*la relación comercial, lo que antes estaba en el ámbito de las tinieblas y sujeto a los avatares de criterios jurídicos fundados en consideraciones de imprevisibilidad*¹⁸.

*Lo anterior implica, para efectos de consolidar la previsibilidad y en consecuencia darle un tratamiento proporcional al riesgo o contingencia en los contratos estatales, efectuar entre otras las siguientes tareas administrativas: Identificación de factores que pueden frustrar los resultados previstos de un negocio; identificación de variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos; utilización de la mejor información posible, la más confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente negocio, incluso la surgida de antecedentes históricos contractuales de la entidad; manejo y evaluación de información conocida, procesada y alta calidad; evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias; identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto*¹⁹.

Identificada la contingencia o riesgo, la previsibilidad ordena su asignación a una de las partes del negocio, para lo cual la administración en aras de la proporcionalidad deberá entre otras cosas efectuar: La evaluación de que parte del contrato tiene la mejor capacidad para soportarlos, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo y analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quien podría mejor soportarlo y asumirlo responsablemente.

Con esta exigencia, se introduce al sistema de la contratación pública colombiana uno de los elementos más importantes desde el punto de vista de la planeación y consistente en reconducir la actividad de las autoridades con responsabilidades en materia contractual, al estudio en detalle de la relación jurídica que se aspira a construir, de manera tal que se visualicen todos las posibles consecuencias del mismo, no solo en la perspectiva de la administración, sino también y fundamentalmente del futuro contratista, y ante este

¹⁸ MANUEL GUILLERMO SARMIENTO GARCÍA. *La Teoría del Riesgo y la Responsabilidad Civil*, en Estudios de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, 1986, Pág. 201. “Por riesgo se entiende la contingencia de un daño, o sea, la posibilidad que al obrar se produzca un daño, lo cual significa que el riesgo envuelve una potencialidad referida esencialmente al daño, elemento éste que estructura todo el derecho de responsabilidad...” (original del fallo que se cita)

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 2004, febrero 26. Exp 14043. “...La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado. Como se indicó precedentemente, los riesgos externos, extraordinarios o anormales, configuran la teoría de la imprevisión y, por tanto, deben ser asumidos, con las limitaciones indicadas, por la entidad. De manera que la teoría del equilibrio financiero del contrato, fundada en la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al alea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio. Es por lo anterior que deben precisarse las obligaciones asumidas por el contratista en cada caso para definir el alea normal del contrato, esto es, los riesgos normales que asumió...” (original del fallo que se cita)

escenario, plenamente identificado, se adopte la decisión de mayor trascendencia para el futuro contrato, consistente, en que de manera discrecional y sobre todo fundamentada, esto es motivada, se distribuyan las cargas de responsabilidades que surjan de este análisis, de manera tal que hagan viable el negocio, respetando en todo caso los intereses estatales y el patrimonio público^{20*21}

2.7- De ésta forma, se entiende que en ejercicio del principio de previsibilidad tanto la entidad contratante como el contratista deben determinar o prever la ocurrencia de circunstancias o acontecimientos que potencialmente puedan generar un ruptura del equilibrio económico del contrato, previamente a su suscripción, con base en aspectos tales como la probabilidad de producción en otros contratos similares, las condiciones en las que efectivamente pueden producirse, entre otras²², para que de ésta manera se pueda determinar a quién lo corresponde asumirlos y por qué y que medidas pueden adoptarse para mitigar los efectos de su producción.

2.8.- Ahora bien, se entiende que por regla general quién asume el riesgo o contingencia que se presente en ejercicio de la actividad contractual es quien se encuentra en la mejor capacidad para gestionarlo, controlarlo, administrarlo y mitigarlo y para determinar quien se encuentra en mejores condiciones para ello, el Decreto No. 423 de 2001 establece que debe tenerse en cuenta tanto la tipología del contrato a celebrar, como la información y los medios con los que cuentan cada una de las partes para mitigar los efectos de su ocurrencia y la capacidad de los contratistas para administrarlos y las garantías con las que cuentan para soportarlos, entre otras²³.

2.9.- En lo relativo a los riesgos de la naturaleza se ha señalado que son aquellos acontecimientos o sucesos que se causan por fenómenos telúricos sin que medie la intervención del hombre, que aunque pueden ser previsibles por su frecuencia o diagnóstico se encuentran por fuera del control de las partes y que generan un impacto considerable en la ejecución de las obras, como por ejemplo, temblores,

²⁰ ROGER TOMAS. *Experiencias internacionales en la asignación de riesgos en los esquemas de concesión y propuesta para Colombia*, Concesiones en Infraestructura, Ministerio de Hacienda, Coinvertir, CAF, Bogotá, 1996, Pg 43 (original del fallo que se cita)

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1º de febrero de 2012, Expediente: 22.464.

²² Documento Conpes- Colombia Compra Eficiente No. 3714 del 1º de diciembre de 2011 "Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública, Págs. 1 a 8.

²³ *Ibíd*em Págs. 28 a 30.

inundaciones, lluvias, sequias, entre otros²⁴.

2.10.- En lo relativo a los riesgos de la naturaleza se ha señalado que se debe mirar si el contratista cuenta con los medios para mitigar los efectos o consecuencias de su producción, evento en el cual deberá asumirlos.

3. Ruptura del equilibrio económico del contrato y la Teoría de la imprevisión.

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

3.2.- En consecuencia, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato estatal, más que proteger el interés individual del contratista, lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.

3.3.- Las circunstancias determinantes de la alteración del equilibrio económico del contrato, tal como es bien sabido, pueden derivarse de hechos o actos imputables a la Administración o al contratista que configuren un incumplimiento de sus obligaciones como contratante, de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes (teoría de la imprevisión).

3.4.- En el campo del derecho administrativo la teoría de la imprevisión se funda primordialmente en el principio de prevalencia del interés general y en el deber a cargo del Estado de garantizar la prestación adecuada, continúa y eficiente de los

²⁴ Ibídem Pág. 22.

servicios públicos²⁵, lo que da lugar a que la administración o el contratista en su caso, ante circunstancias sobrevinientes, extraordinarias e imprevisibles a la celebración de un determinado contrato Estatal puedan solicitar la revisión o “adaptación” económica del contrato a los hechos o circunstancias sobrevinidas²⁶.

3.5.- De ésta forma se entiende que la ruptura del equilibrio económico por la teoría de la imprevisión se produce cuando un determinado contrato o relación jurídica que se supone que se celebró o surgió con prestaciones conmutativas o simétricas, o que las partes dieron por sentado que así fue, en su ejecución se descompensan o se desequilibran, generando una carga excesiva para uno de los cocontratantes²⁷ ante el advenimiento de hechos o circunstancias sobrevinientes, extraordinarias e imprevistas a la fecha de su celebración²⁸.

3.6.- Así son varios los elementos que dan lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión, tal como se pasa a ver:

3.7.- Debe tratarse de un contrato o un negocio jurídico de carácter conmutativo o sinalagmático, pues para proceder a la revisión o adecuación por hechos o circunstancias sobrevinientes, imprevistas o imprevisibles, se parte de la base de considerar que para la fecha en la que éste se celebró las partes saben o dan por sentado que su relación comercial es equitativa, o que las prestaciones a su cargo son conmutativas o simétricas.

3.8.- Debe tratarse de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida en el tiempo, pues no resulta razonable que se proceda a su revisión o adecuación por

²⁵ “Diferentes son los principios que informan esta rama del ordenamiento, y otras las razones que mueven a admitir terminación y reajuste de los contratos por acontecimientos no contemplados inicialmente. El predominio del interés colectivo o general, la constante subordinación de los particulares al bienestar común, bases cardinales del derecho público, imponen a la administración velar por la continuidad de las actividades de que sirven las gentes, como también por su constante mejoría y acondicionamiento a los avances técnicos.

De este modo, la administración puede y debe adelantarse a los hechos, modificar condiciones y tarifas, tanto para auxiliar al contratista en trance de ruina y exigírsele respecto a lo pactado en condiciones generales variadas, como para demandarle introducción de nuevos métodos y prácticas más útiles, sin trato alguno proveniente de la idea de respeto al dicho contractual” Hinestrosa Fernando, en “Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones, El Negocio Jurídico, Volumen II”, Ed. Universidad Externado de Colombia, octubre de 2015, Pág. 525.

²⁶ Ibidem. Pág. 509.

²⁷ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “El Concepto del contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca, Coordinador, Título Libro: Temas Relevantes sobre los Contratos, Servicios y bienes públicos, Ed. Jurídica Venezolana, VI Congreso de Derecho Administrativo. Margarita 2014, Caracas 201, Págs.295 a 297.

²⁸ Hinestrosa Fernando, en “Tratado de las Obligaciones II, de las fuentes de las obligaciones, El Negocio Jurídico, Volumen II”, Ed. Universidad Externado de Colombia, octubre de 2015, Pág. 526.

circunstancias o hechos “*sobrevinientes a su celebración*” cuando las prestaciones a cargo de las partes deban ejecutarse de forma instantánea.

3.9.- Que se presenten hechos o circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato que generen un desequilibrio o una onerosidad excesiva para uno de los cocontratantes frente al otro²⁹, pues para proceder a la revisión o adecuación de aquel, no resulta razonable que las partes hayan tenido conocimiento de éstos al momento de celebrarlo, razón por la cual los hechos o circunstancias deben ser sobrevinientes o posteriores a su celebración.

3.10.- Que los referidos hechos o circunstancias hayan sido extraordinarios e imprevisibles para las partes en el contrato, es decir, que se salían de toda previsión, que no estuvieran comprendidos dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contrato ni debían ser asumidos por alguna de éstas, o que no hubieran tenido la posibilidad de evitar su ocurrencia, pues si una de las partes ya tenía conocimiento de los hechos al celebrar el contrato o razonablemente hubiera podido preverlos o evitarlos, “*dicha parte habría podido tomar las medidas oportunas, por lo que no podría invocar la excesiva onerosidad*”³⁰.

3.11.- Que los hechos o circunstancias sean exógenos, es decir que sean ajenos a la voluntad de las partes y no hayan sido producto de su actividad, negligencia, descuido o temeridad.

3.12.- Debe resaltarse en éste punto que quien alega la imposibilidad de ejecutar las prestaciones a su cargo con ocasión de hechos o circunstancias sobrevinientes, no sólo debe demostrar que él no fue el causante de dichas circunstancias que generaron el desequilibrio económico, sino también que desplegó todos los mecanismos o medios tendientes a morigerar su impacto³¹.

3.13.- Que el desequilibrio o alteración económica del contrato sea excesiva, anormal o fundamental.

3.14.- Que la revisión o adecuación del contrato por hechos o circunstancias sobrevinientes se alegue o se invoque antes de realizarse el pago respectivo, frente a dicho elemento la doctrina ha señalado al respecto:

²⁹ *Ibíd.* Pág. 518.

³⁰ *Ibíd.* Pág. 519.

³¹ *Ibíd.* Págs. 521 y 522.

“Se alega el cambio del piso económico del contrato para justificar retardo o incumplimiento, al mismo tiempo que para facilitar la satisfacción justa del acreedor, de donde se concluye que quién ya pagó, logró sortear las dificultades que se le oponían y, por lo mismo, no cuenta con razones valederas para volver sobre hechos cumplidos.

La alteración de la base negocial influye sobre el contrato: es una vicisitud de él que habilita al deudor para, respetándolo, obtener su adecuación; se dirige en primer término a revisar las cláusulas y, en ultimas, a poner fin a efectos suyos, de modo que si la demanda de reajuste o terminación se introduce luego de ejecutada la prestación devenida más onerosa, ya no existe sujeta materia para la actividad judicial, pues no hay contrato que cambiar, u obligación que reajustar, pues todo concluyó por cumplimiento-pago. Y si el cumplimiento fue parcial, la revisión solo podría aceptarse por el remanente aún insoluto”³²

3.15.- Luego si lo que ocurre en un determinado asunto es que en la ejecución de un contrato estatal se presentan hechos o circunstancias sobrevinientes que alteran la ecuación económica del contrato, para lo cual las partes suscriben varios contratos adicionales con el objeto de subsanar las consecuencias económicas derivadas de éstos, es evidente que en ésta hipótesis ninguna de las partes podrá alegar la indemnización de los perjuicios derivados de esas mismas circunstancias sobrevinientes con posterioridad a la suscripción de los referidos contratos adicionales, pues se entiende que es al momento de suscribir acuerdos como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., el momento oportuno para que las partes en el ejercicio de la actividad contractual reestablezcan el equilibrio económico que se ha visto roto.

4. La Imposibilidad en el cumplimiento de la prestación o del objeto contractual.

4.1.- La obligación es el ligamen, atadura o vínculo jurídico que se establece entre dos personas determinadas, por virtud del cual una de ellas, el deudor o sujeto pasivo de la relación jurídica, se obliga frente al acreedor o sujeto activo, a cumplir una determinada prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer algo³³ con el fin de satisfacer los intereses de éste último, sean éstos de carácter patrimonial o no.

4.2.- Ahora bien, por regla general el deudor debe responder por su obligación, es decir, una vez se compromete a cumplir o ejecutar una determinada prestación en

³² Ibídem, Pág. 523.

³³ Hinestrosa Fernando en “Tratado de las Obligaciones, Concepto, Estructura, Vicisitudes”, Tomo I, Tercera Edición marzo de 2007, Ed. Universidad Externado de Colombia, Págs. 55 y 56.

favor del acreedor y a garantizar el resultado útil y final de la misma³⁴, no puede liberarse de ella y la obligación no se extingue hasta tanto no ejecute esa prestación en los términos y condiciones en los que se obligó, salvo que se presenten ciertas circunstancias totalmente ajenas a su voluntad que lo ubiquen en una situación de imposibilidad de cumplimiento³⁵.

4.3.- De ésta forma, la imposibilidad o *"impossibilitas"* es la situación en la que se encuentra el deudor de una determinada obligación en la que no obstante haber desplegado la conducta que era esperable y le era exigible por el acreedor en los términos en los que se obligó, no le es posible ejecutar su prestación o satisfacer el interés de éste³⁶ por causa o con ocasión de un acontecimiento u obstáculo de carácter absoluto e insuperable, que es totalmente ajeno a su voluntad y economía³⁷ y que tiene la virtualidad de liberarlo o de extinguir la obligación a su cargo.

4.4.- Pero no cualquier imposibilidad tiene la virtualidad de liberar al deudor o de extinguir la obligación a su cargo, pues la causa que dé lugar a esa situación debe ser: i) sobrevenida, es decir, que el deudor no tenga conocimiento o no hubiera podido prever su ocurrencia al momento de celebrar el contrato o negocio jurídico; ii) Definitiva, es decir, que sus efectos o consecuencias no puedan ser asumidos o sorteados³⁸ a través de otros mecanismos³⁹ desde el inicio de la ejecución del contrato; iii) Objetiva, es decir, que no se ocasione por una mera dificultad subjetiva, personal o económica del deudor, sino que sea totalmente ajena a su voluntad y; iv) que sea imprevisible e inevitable para éste, es decir, que el deudor no haya podido contemplar su advenimiento previamente a su

³⁴ *Ibidem*. Pág. 775.

³⁵ *Ibidem* Págs. 775 a 777.

³⁶ *Ibidem* Pág. 783.

³⁷ Al respecto se ha señalado que *"Las dificultades económicas se encuentran excluidas de plano como razón justificadora de la inejecución. El deudor no puede alegar en su defensa la penuria o la iliquidez en que se encuentra, aparte del motivo por el cual llegó a ese estado; y en lo que respecta a la excesiva onerosidad, habría de alegarla con miras a la reducción de su carga, de modo de que con el reequilibrio prestacional se mantenga en pie la relación contractual o, en su defecto, se proceda a la terminación de ésta"* en Hiestrosa Fernando en *"Tratado de las Obligaciones, Concepto, Estructura, Vicisitudes"*, Tomo I, Tercera Edición marzo de 2007, Ed. Universidad Externado de Colombia, Págs. 786 y 787.

³⁸ *Ibidem* Pág. 785

³⁹ Se ha señalado que la imposibilidad que da lugar a la extinción de la obligación no puede ser de carácter transitorio, es decir, que sus consecuencias o efectos no puedan ser superados por otros mecanismos, tales como la suspensión de la ejecución de las obras o de la suscripción de actas de prórroga del plazo inicialmente convenido, entre otras.

ocurrencia⁴⁰ y que no haya sido posible evitar o menguar sus consecuencias o efectos.

4.5.- Ahora, la imposibilidad a la que se ésta haciendo referencia puede ser física o jurídica, será física cuando proviene o se deriva de acontecimientos o hechos de la naturaleza o humanos; y será jurídica cuando se produce por un cambio legislativo o por cualquier norma, reglamento o providencia que expedida por una autoridad competente, impide la ejecución del contrato.

4.1. La fuerza mayor o caso fortuito como una de las causas de imposibilidad en el cumplimiento del objeto contractual.

4.1.1.- Tal como se señaló en líneas anteriores, por regla general el deudor responde por el incumplimiento de la prestación a la que se obligó, salvo aquellos casos en los que ésta se hace imposible de cumplir o ejecutar por una causa extraña a él, esto es, por la ocurrencia de un hecho que se constituya en un caso fortuito o fuerza mayor “*casus*”⁴¹, por el acto de un tercero o por el acto del acreedor, siempre y cuando éste no haya dado lugar a la misma con su conducta.

4.1.2.- En lo relativo a la fuerza mayor “*vis maior*” o el caso fortuito “*casus fortuitus*” y conforme a lo dispuesto en el artículo 64 del Código Civil, subrogado a su vez por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890⁴², pueden ser definidos como todo suceso o acontecimiento extraño a las partes, imprevisible e inevitable que determina la imposibilidad de ejecutar las prestaciones a cargo del deudor en detrimento de la satisfacción de los intereses del acreedor.

4.1.3.- Ahora, si bien al interior de nuestro ordenamiento jurídico no se estableció una distinción entre uno y otro fenómeno, se ha entendido que cuando se hace referencia a la fuerza mayor “*vis maior*” el acontecimiento que constituye la causa extraña es totalmente ajeno a las actividades del deudor y que por el contrario

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, Expediente: 14.781.

⁴¹ Hinestrosa Fernando en “*Tratado de las Obligaciones, Concepto, Estructura, Vicisitudes*”, Tomo I, Tercera Edición marzo de 2007, Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 777

⁴² Ley 95 de 1890 “*Sobre reformas Civiles*”.

“**Artículo 1.** Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

cuando se hace referencia al caso fortuito “*casus fortuitus*” la ocurrencia del suceso se da dentro del ejercicio de las actividades de éste⁴³.

4.1.4. En lo relativo a la responsabilidad de las partes contratantes ante la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor, el inciso 2º del artículo 1604 del Código Civil dispone que el deudor no será responsable por la ocurrencia del suceso o acontecimiento constitutivo de fuerza mayor, salvo que se haya constituido en mora de cumplir o haya dado lugar a la ocurrencia del fenómeno respectivo.

4.1.5. También dispone que la prueba tanto de la diligencia empleada, como del caso fortuito se encuentran en cabeza de quien lo alega la prueba de la diligencia se encuentra en cabeza de quien ha debido emplearla y la prueba del caso fortuito se encuentra en cabeza de quien lo alega

4.1.6. Por su parte, el inciso 2º del artículo 1.616 del Estatuto Civil prevé que la mora que se produce por la ocurrencia de un acontecimiento constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, no da a lugar a una indemnización de perjuicios, salvo que las partes en el ejercicio de su autonomía dispositiva o comercial decidan modificarla esa regla general.

4.1.7.- En lo relativo a la fuerza mayor como causa que determina la imposibilidad en el cumplimiento de la obligación, la Sección Tercera de ésta Corporación ha señalado que:

“(...) a. La fuerza mayor respecto de la ejecución de los contratos estatales.

La fuerza mayor es un hecho extraño a las partes contratantes, imprevisible e irresistible que determina la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato. Constituye causa eximente de responsabilidad porque rompe el nexo causal entre la no ejecución del contrato y el daño derivado del mismo.

Fue definido por el legislador como “...el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” - art. 1º de la Ley 95 de 1890 -

La imprevisibilidad que determina la figura, se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer que es lo previsible resulta necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto; supone verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega el fenómeno liberatorio.

⁴³ *Ibíd.* Pág. 790.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que son normalmente previsibles los hechos “que suceden en el curso ordinario de la vida” (sentencia del 31 de mayo 1965, G.J. CXI-CXII, pag. 126), o las “...circunstancias normales de la vida” (Sentencias del 13 de noviembre de 1962 y del 20 de noviembre de 1.989), o el que no sea “...lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él” (Sentencias del 5 de julio de 1.935 y del 7 de octubre de 1.993).

De igual manera, en sentencia proferida el 23 de junio de 2000, expediente 5475, manifestó que deben tenerse en cuenta tres criterios sustantivos:

“1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo.”

El otro supuesto configurativo de la fuerza mayor, la irresistibilidad, se refiere a la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto.

La Sala de Casación Civil de la Corte en la providencia reseñada, sobre este requisito señaló:

“La jurisprudencia de esta Corporación, de igual manera, ha entendido que este elemento de la fuerza mayor ‘consiste en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, no obstante los medios de defensa empleados por el deudor para eludirlo’ (Sentencia del 13 de diciembre de 1962, G.J. C, pag. 262), como también que ‘Implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos. La conducta del demandado se legitima ante el imperativo de justicia que se expresa diciendo: *ad impossibilia nemo tenetur.*’ (Sentencia del 31 de mayo de 1965, G.J. CXI y CXII pag. 126).

Irresistible, también ha puntualizado la Sala, es algo ‘inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias’ (Sent. del 26 de enero de 1982, G.J. CLXV, pag. 21).”

La ejecución del contrato estatal puede tornarse imposible por la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor, en cuyo evento la parte incumplida estará eximida de responsabilidad, porque el daño no le resulta jurídicamente imputable.

La fuerza mayor se produce, como se indicó, cuando el hecho exógeno a las partes es imprevisible e irresistible en las condiciones igualmente señaladas, con la precisión de que la irresistibilidad, en materia contractual, se traduce en la imposibilidad absoluta para el contratante o contratista de cumplir sus obligaciones en las condiciones o plazos acordados.⁴⁴

La fuerza mayor determina la inexecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable al contratista.

El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible.

En presencia de la teoría de la imprevisión, la prestación contractual se cumple en condiciones gravosas para el contratista y ello determina su derecho a que se restablezca la ecuación financiera del contrato.

⁴⁴ Así lo señala Gastón Jeze cuando afirma que “Si hay simplemente dificultad aunque sea grave o si para obtener la ejecución puntual se necesitan gastos mayores no hay fuerza mayor.”, Principios Generales del Derecho Administrativo; Buenos Aires; Editorial de Palma, 1950; tomo IV, pág. 296 (Original del fallo que se cita).

En cambio, la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor.

Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos improductivos del fenómeno presentado⁴⁵.

4.1.8.- Pues bien, de lo expuesto se deduce que para que un determinado acontecimiento o suceso se constituya en una fuerza mayor con la virtualidad de liberar al deudor de su obligación, éste debe ser imprevisible, es decir, que razonablemente no se hubiera podido prever su ocurrencia; irresistible e inevitable; es decir, que no se hubiera podido evitar previamente o atenuar las consecuencias nocivas de su producción; y debe ser totalmente ajeno a la voluntad y actividad del deudor.

4.1.9.- Es de precisar en éste punto que la imprevisibilidad o irresistibilidad de un determinado acontecimiento que pueda ser constitutivo de una fuerza mayor con la virtualidad de liberar al deudor de su obligación, no son nociones de carácter objetivo, sino que se debe valorar en cada caso tanto las circunstancias particulares en las que éste se produjo, la probabilidad de su producción en las condiciones normales de ejecución del contrato; así como también lo acordado por las partes en el contrato respecto de dicho fenómeno y la posible responsabilidad a cargo de cada una de las partes ante su ocurrencia.

4.1.10.- Pero además, para establecer si el fenómeno al que se alude tiene la virtualidad de liberar al deudor de su obligación se debe valorar su grado de diligencia en las diferentes etapas de ejecución del contrato, tanto al inicio de la ejecución del objeto contratado, durante su ejecución y el comportamiento que asumió frente al acontecimiento u obstáculo, es decir, las actividades que desplegó tanto para impedir o evitar su ocurrencia, como para atenuar sus consecuencias o los efectos nocivos de su producción.

4.1.11.- En efecto, no todo acontecimiento o suceso tiene la virtualidad para extinguir una determinada obligación, más aun teniendo en cuenta que una de las

⁴⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, Expediente: 14.781.

cargas en cabeza del deudor al momento en el que se obliga es la de cerciorarse o verificar que la prestación a la que se obliga frente al acreedor sí es posible de ejecutarse, con base en las condiciones en las que se obligó.

4.1.12.- Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que desde el inicio de la ejecución de las obras objeto de un contrato estatal que ha sido celebrado entre la administración y un contratista particular, éste se percata de la existencia de diversas dificultades o vicisitudes que impiden su ejecución normal, pero aun así confía en poder superarlas o en atenuar los efectos de su ocurrencia, una vez vencido el plazo contractual no podrá alegar la imposibilidad para dar cumplimiento a las obligaciones a su cargo, pues si desde el inicio de la ejecución de las obras tuvo conocimiento de los diversos acontecimientos que impedían la ejecución normal de la prestación a la que se obligó, debió adoptar las medidas tendientes a superar los contratiempos o manifestar la imposibilidad de cumplir desde un principio y no esperar hasta el vencimiento del plazo contractual.

4.1.13.- Tampoco podrá alegar la indemnización de perjuicios por acontecimientos o circunstancias que se constituyan en fuerza mayor, cuando en el contrato ha convenido que dichos riesgos no generarían indemnización alguna para las partes, pues si se mostró de acuerdo con dicha estipulación y nunca se opuso a que ésta fuera incluida en los diversos documentos que forman parte integral del contrato, no puede ahora venir a desconocer lo previamente convenido con la administración.

5.- El principio de buena fe objetiva.

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

5.2.- Estos preceptos, a no dudarlo, consagran la buena fe objetiva que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte⁴⁶, y, en fin,

⁴⁶ En este sentido cfr. M. L. NEME VILLARREAL. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva*. En Revista de derecho Privado. No. 17. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p.73.

en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia.

5.3.- Por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual.

5.4.- En consecuencia, si una parte, por ejemplo, bajo su íntima convicción o creencia, confía fundadamente en que superara las diversas dificultades o vicisitudes que se han presentado desde el inicio de la ejecución de las obras, e insiste en continuar con su ejecución, suscribiendo acuerdos para superarlas, pero una vez vencido el plazo contractual alega la imposibilidad para ejecutarlas en su totalidad, es evidente que en esa hipótesis su comportamiento contradice ese deber de buena fe objetiva, pues si bajo su íntima convicción o creencia creyó fundadamente que podría superarlas o atenuar sus efectos negativos, no cumplió con las obligaciones derivadas del acuerdo, no adoptó las medidas necesarias para superarlas y en fin no adoptó un comportamiento que propendiera por la pronta y oportuna ejecución de las obras contratadas.

6.- El daño, la cuantía del perjuicio y la carga de la prueba en cabeza de quién lo alega

6.1.- El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.

6.2.- En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediablemente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una

ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación.

6.3.- Causar un daño, como ya se dijo, genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía.

6.4.- Tal carga probatoria se encuentra establecida no solamente en el artículo 177 del C. P. C. y ahora en el artículo 167 del Nuevo Código General del Proceso al preceptuar que *“incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, sino también, y particularmente para la responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C. C. al disponer que *“incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.”*

6.5.- Así que entonces es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y la cuantificación del perjuicio sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C. C. A.

6.6.- Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediabilmente condenada al fracaso.

6.7.- Ahora, si en un determinado asunto lo que se pretende es que se indemnicen unos perjuicios con ocasión de la ruptura del equilibrio económico de un contrato estatal que se produjo por la ocurrencia de unos hechos o circunstancias sobrevinientes, extraordinarias e imprevisibles a su celebración, en este evento corre por cuenta del acreedor-demandante la carga de demostrar no solamente que la alteración del equilibrio financiero del contrato se produjo como consecuencia de las referidas circunstancias sobrevinientes, que dichas circunstancias no son imputables a su actividad contractual y que no eran razonablemente previsibles, sino también la magnitud de esa alteración.

7.- Los Hechos probados.

7.1.- En el asunto que aquí se revisa por vía de la apelación se encuentra que por medio de la Resolución No. 5978 del 2 de agosto de 2010, se dio apertura a la licitación pública No. LP-003 de 2010, la cual tuvo por objeto contratar las obras para el conocimiento geológico, con miras a apoyar la formulación del modelo hidrogeológico conceptual que adelantaba la SDA, contribuyendo al proceso de planeación, gestión y conservación del recurso hídrico subterráneo en la región capital (Fol. 97 del C. No. 4 de pruebas).

7.2.- También se encuentra que en los estudios previos del proceso de la licitación pública se estableció en el No. 6 relativo a los Riesgos Previsibles lo siguiente:

“6. RIESGOS PREVISIBLES.

En el presente contrato se ha determinado la existencia de los siguientes riesgos con la siguientes asignación:

(...)

- *De fuerza mayor: Eventos fuera del control de las partes, que impiden continuar con la ejecución del contrato temporal o definitivamente. En caso de ocurrencia las obligaciones afectadas se suspenderán hasta que se pueda reanudar el contrato o, en caso de persistir y hacer imposible su continuación, se dará por terminado el contrato, **No habrá lugar a reclamaciones, ni reconocimientos de una parte a la otra, por la imposibilidad del cumplimiento de sus obligaciones.** Los eventos temporales de fuerza mayor que causen demoras pueden resolverse siempre que las partes acuerden quien asume los costos (...)*” (Subrayas por fuera del texto)

7.3.- A través del No. 7º del pliego de condiciones en la parte relativa a la “DISTRIBUCIÓN, VALORACIÓN Y COBERTURA DE RIESGOS” se reprodujo lo señalado en los estudios previos en los siguientes términos a saber:

“RIESGOS NO ASUMIDOS POR LAS PARTES

- **FUERZA MAYOR:** *Eventos fuera del control de las partes, que impiden continuar con la ejecución del contrato temporal o definitivamente. En caso de ocurrencia las obligaciones afectadas se suspenderán hasta que se pueda reanudar el contrato o, en caso de persistir y hacer imposible su continuación, se dará por terminado el contrato, **No habrá lugar a reclamaciones, ni reconocimientos de una parte a la otra, por la imposibilidad del cumplimiento de sus obligaciones.** Los eventos temporales de fuerza mayor que causen demoras pueden resolverse siempre que las partes acuerden quien asume los costos”* (Fol. 50 del Cdno anexo de pruebas).

7.4.- Por medio de la Resolución No. 7577 del 10 de diciembre de 2010 la Secretaría Distrital de Ambiente de la Alcaldía Mayor de Bogotá adjudicó el proceso de Selección abreviada No. SDA-S.A. 029 de 2010 al Consorcio Pozos Bogotá, conformado por Geotechnical Ltda. e Indecon S.A (Fols. 627 a 630 del C. No. 7 de pruebas).

7.5.- Entre el consorcio demandante y la Secretaría Distrital de Ambiente se celebró el contrato No. 1442 el 14 de diciembre de 2010, por virtud del cual aquel se obligó en favor de ésta a realizar la perforación de hasta mil novecientos (1.900) metros lineales en diferentes pozos exploratorios profundos de mínimo quinientos (500) metros cada uno, para incrementar el conocimiento geológico, con miras a apoyar la formulación del modelo hidrogeológico conceptual que adelanta la SDA, contribuyendo al proceso de planeación, gestión y conservación del recurso hídrico subterráneo en la Región Capital (Fols. 631 a 636 del C. No. 7 de pruebas).

7.6.- Como valor total del contrato se fijó la suma total equivalente a \$568'518.000,00 (Fol. 632 del C. No. 7 de pruebas).

7.7.- Como plazo de ejecución inicial del contrato se fijó el término de tres (3) meses contados a partir del cumplimiento de los requisitos de ejecución (Fol. 633 del C. No. 7 de pruebas).

7.8.- A través de la **Cláusula Décimo Tercera** del contrato, se dispuso que harían parte integral de éste las normas previstas en la Resolución No. 6524 del 3 de septiembre de 2010, cuyo contenido el contratista aceptaba conocer y aceptar plenamente.

De las diversas estipulaciones contenidas en la referida Resolución No. 6524 del 3 de septiembre de 2010 *“Por medio de la cual se adoptan las cláusulas comunes a todos los Contratos de Obra Pública que celebre la Secretaría Distrital de Ambiente”*, la cual hace parte integral del contrato suscrito, la Sala resalta las siguientes:

“A. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.

1.- *Ejecutar el objeto del contrato y desarrollar la totalidad de las actividades establecidas cumpliendo con el programa de trabajo e inversiones, las especificaciones técnicas, el pliego de condiciones y la oferta aceptada por la entidad.*

(...)

5.- *Adoptar medidas de seguridad, señalización y prevención en las áreas de intervención y procedimientos adecuados de señalización, construcción y de protección para prevenir daños o deterioros que puedan afectar la calidad, estabilidad o acabados de los inmuebles aledaños, las estructuras e instalaciones de redes de servicios superficiales o subterráneos existentes dentro del área de trabajo o adyacentes a ella, siendo de su exclusiva responsabilidad cualquier daño que pudiere ocasionar a tales inmuebles, estructuras, instalaciones o redes.*

(...)

11. Adelantar las actividades necesarias para corregir defectos de construcción, de materiales o de especificaciones, a su costa, en forma oportuna y dentro de los términos establecidos por el Interventor o Supervisor.

(...)

G.- SUSPENSIÓN DEL CONTRATO. El plazo de ejecución del contrato podrá suspenderse en los siguientes eventos: **a)** Por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito **b)** Por mutuo acuerdo, siempre que de ello no se deriven mayores costos para **LA SECRETARÍA**, ni se causen otros perjuicios. La suspensión se hará constar en acta motivada, suscrita por las partes. El término de la suspensión no se computará para efectos de los plazos del contrato.

(...)

T. DOCUMENTOS DEL CONTRATO. Para todos los efectos, hacen parte integral del presente contrato los siguientes documentos: a) Certificado de Disponibilidad Presupuestal b) Certificado de Registro Presupuestal c) Estudios previos y demás documentos soporte de la etapa precontractual d) Las actas y acuerdos suscritos por las partes durante la ejecución del contrato e) Los informes del CONTRATISTA y del supervisor f) La garantía única de cumplimiento para éste compromiso g) los demás documentos que durante el perfeccionamiento y ejecución se anexan al mismo (...)"

7.9.- El 16 de diciembre de 2010 se suscribió entre las partes el acta de inicio de las obras, en la que se señaló que el contrato No. 1442 de 2010 finalizaría en principio el 15 de marzo de 2011 (Fols. 610 y 611 del C. No. 7 de pruebas).

7.10.- El 24 de febrero de 2011 se suscribió entre las partes un acta de suspensión en la ejecución de las obras desde el "día 25 de febrero de 2011, hasta el 24 de Marzo de 2011 (inclusive), o antes según se resuelvan los motivos que originaron la suspensión" (Fol. 875 del C. No. 8 de pruebas).

Como justificación de la referida suspensión se señaló:

"Durante la perforación del pozo de exploración ubicado en el predio Estación de Bombeo San José Predio el Carmen Barrio Santa Fe de Bosa, frente a la Calle 56 FS No. 100-03 esquina, de propiedad de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, el día viernes 18 de febrero en horas de la noche se presentó la salida de un gas al alcanzar una profundidad de 90m, hecho que fue reportado por el contratista Carlos Suta a uno de los profesionales de apoyo al seguimiento del contrato, Jairo Alfredo Veloza Franco (Contrato No. 659 de 2010), el día sábado 19 de febrero en horas de la mañana.

Este hecho se ha venido documentando con el Fondo de Prevención y Atención de Emergencias, con bomberos de la localidad y con el grupo PIRE de la SDA a través de mediciones de la emanación.

En el informe entregado por PIRE, se reportó la presencia de gas metano y se recomendó suspender las actividades, por lo cual la SDA se ha visto precisada a buscar un nuevo predio para trasladar el sitio de perforación.

Loa anterior establece la necesidad de suspender temporalmente el contrato por un mes, a partir del día 25 de febrero del año en curso, mientras se surte el proceso de ubicación del nuevo sitio y se solicitan los permisos pertinentes (...)" (Fol. 876 del C. No. 8 de pruebas).

7.11.- El 8 de abril de 2011 y ante la solicitud presentada por el Subdirector del Recurso Hídrico se suscribió entre el demandante y la demandada el otrosí No. 1 al contrato principal No. 1442 de 2010, a través del cual éstas convinieron prorrogar el

plazo inicialmente pactado por un término de tres (3) meses más contados a partir del 15 de marzo de 2011 incluyendo la suspensión, con fundamento, entre otras, en las siguientes consideraciones:

“a. Que previo al inicio de obras se recibió, revisó solicitó complemento y reajuste(sic) al plan de seguridad y salud ocupacional exigido en el contrato, durante el primer mes tal y como se estableció en la minuta, al igual que el mantenimiento preventivo que se le realizó al equipo de perforación, buscando evitar paras(sic) por esta causa b. Posterior a estas actividades se da inicio a las preliminares de obra el día 24 de enero de 2011, a saber: localización topográfica del pozo, movilización y desmovilización de equipos, adecuación de la zona de localización y campamentos, montaje de equipos, construcción de piscina y recorrido de lodos, debidamente verificadas en campo el 24 de enero y el 7 de febrero c. La perforación del primer pozo inicia su materialización el día 8 de febrero d. El día 19 de febrero se informa por parte del contratista sobre una expulsión de arena del pozo a 90 metros de profundidad aproximadamente e. Que por recomendación técnica fue necesario suspender inmediatamente el avance en la perforación y mantener la custodia tanto de los equipos, como del pozo y el predio, mientras se realizan visitas necesarias f. Que durante la situación presentada se registró, según informes del grupo de hidrocarburos y de bomberos, niveles de explosividad después de encontrada la bolsa de gas, asociados presuntamente a gas metano(...) h. que sólo hasta la tercera semana de marzo fue posible proceder al retiro del equipo de perforación del pozo uno, motivo por el cual no fue posible avanzar en ninguno de los otros dos pozos i. Que en reunión de reanudación del contrato en cuestión del día 22 de marzo de 2011, en el cual se revisaron los temas técnicos y el estado actual del contrato se revisó la necesidad de reprogramar las actividades a causa del caso fortuito presentado en el pozo uno (...) L. Que la Secretaría requiere ubicar un predio de reemplazo para el pozo número uno, búsqueda que si bien se adelantó en parte durante la suspensión del contrato aún no ha finalizado, considerando que la etapa de planificación del contrato 1442 de 2010 en lo que a búsqueda de predios se refiere implicó de 3 a 4 meses de búsqueda y otorgamiento de permisos, se calcula un requisito adicional de tiempo de 2 meses a partir de la fecha de la prórroga para lograr la georreferenciación y permisos del nuevo predio a intervenir, también de la EAAB- ESP m. Finalizados estos 2 meses (aproximadamente hacia la primera quincena de junio) se estarán finalizando los pozos 2 y 3, siendo necesario 1 mes adicional para ejecutar las obras en el nuevo pozo n. Que se espera poder estar entregando los tres pozos en tres (3) meses a partir de la prórroga 6) Que el comité asesor para la contratación de la Secretaría Distrital de Ambiente en sesión de fecha 8 de abril de 2011, aprobó la celebración de la referida prórroga 7) Que ésta prórroga no genera costos adicionales a la SDA pues la supervisión es desarrollada por la Subdirección con el apoyo de personal de planta o de contrato cuyas actividades no son exclusivas al apoyo de esta supervisión(...)” (Resaltado por fuera del texto) (Fols. 878 a 880 del C. No. 8 de pruebas)

7.12.- El 11 de julio de 2011 y ante la nueva solicitud presentada por el Subdirector del Recurso Hídrico se suscribió entre el demandante y la demandada el otrosí No. 2 al contrato principal No. 1442 de 2010, a través del cual éstas convinieron prorrogar el plazo inicialmente pactado por un término de cuatro (4) meses más contados a partir del 15 de marzo de 2011 incluyendo la suspensión, señalando que en atención a las situaciones presentadas en la realización de las obras se tornaba necesario recalcular el tiempo de ejecución *“con el fin de garantizar al contratista su oportuna ejecución y a la Secretaría la entrega de los productos conforme a lo inicialmente planeado...”*

7.13.- Las situaciones presentadas se encontraban relacionadas con explosiones generadas por la presencia de gas metano que producía la pérdida de broca y de rima en la “barrena”, la presencia de estratos arenosos con altos contenidos de agua que disminuían el rendimiento de la perforación, la presencia de materiales plásticos, el taponamiento de tuberías, la imposibilidad de recuperar muestras, las constantes lluvias y la presencia de tormentas eléctricas ocasionales, atrasos en la entrega del predio Bosa por problemas presentados entre la EAAB y el antiguo propietario del predio, inundaciones en otros predios seleccionados para la realización de las obras, entre otras.

7.14.- Que no obstante las situaciones presentadas a través de los numerales 9º y 10º del referido otrosí No. 2 al contrato principal, las partes convinieron que **9) Que el comité asesor para la contratación de la Secretaría Distrital de Ambiente en sesión de fecha 6 de julio de 2011, aprobó la celebración de la referida prórroga [y que]; 10) Que ésta prórroga no genera costos adicionales a la SDA pues la supervisión es desarrollada por la Subdirección con el apoyo de personal de planta o de contrato cuyas actividades no son exclusivas al apoyo de esta supervisión(...)**” (Fols. 963 a 966 del C. No. 8 de pruebas)

7.15.- El 9 de septiembre de 2011 la Subdirectora contractual requiere al consorcio contratista para que acuda a una audiencia de descargos por el presunto incumplimiento del contrato, planteando la posibilidad de darlo por terminado y liquidarlo de mutuo acuerdo *“teniendo en cuenta la cantidad de obra ejecutada hasta esa fecha, de 887.6 metros lineales perforados y los sobrecostos incurridos, que según la SDA serían objeto de una adición presupuestal al contrato”*.

7.16.- Por medio de la Resolución No. 00028 del 18 de enero de 2001 la Secretaría de Ambiente declaró el incumplimiento total del contrato de obra pública No. 1442 de 2010, por estimar que el contratista incumplió las especificaciones técnicas exigidas para los equipos a través de la cláusula segunda del contrato, así como también las obligaciones específicas a su cargo consagradas en la cláusula quinta; no cumplir ni en calidad, cantidad, ni oportunidad con las obras contratadas pese habersele entregado unos dineros por concepto de anticipo; por no incluir en la ponderación del AIU los costos y gastos en los que incurriría, por la falta de previsión técnica de los riesgos que se presentarían al realizar las obras contratadas atendiendo a las características geológicas de la zona de la Sabana de Bogotá, tales como la presencia de bolsas de gas metano, fuentes o corrientes de

agua, el rompimiento de rimas y taladros, entre otros, por no conocer las técnicas propias de su oficio, ni las características específicas del terreno, por utilizar el plazo de ejecución de las obras para reparar las herramientas o en sacar y despegar la tubería, no prever las dificultades que se presentarían al obtener los núcleos y no tener claridad en la calidad de los productos a extraer (Fols. 1217 a 1250 del C. No. 9 de pruebas)

7.17.- Dicha Resolución fue notificada el 24 de enero de 2012 (Fol. 1251 del C. No. 9 de pruebas).

7.18.- Contra dicha Resolución tanto el consorcio demandante (Fols. 1257 a 1270 del C. No. 9 de pruebas), como la Compañía Aseguradora Seguros del Estado S.A (Fols. 1271 a 1280 del C. No. 9 de pruebas), los cuales fueron resueltos a través de la Resolución No. 330 del 7 de mayo de 2012 en el sentido de confirmarla en todas y cada una de sus partes (Fols. 1589 a 1301 del C. No. 9 de pruebas).

7.19.- A través de la Resolución No. 01038 del 19 de julio de 2013 la accionada ordenó la liquidación unilateral del contrato suscrito (Fols. 1327 a 1328 del C. No. 9 de pruebas).

8.- La solución del caso concreto.

8.1.- En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación se encuentra que el ahora demandante alega como acontecimientos o sucesos constitutivos de fuerza mayor y que hicieron más onerosa la ejecución del contrato i) la falta de disponibilidad de predios para perforar y la ausencia de estudios geológicos sobre éstos; ii) la presencia de gas metano, de plástico y de capas arenosas en los pozos que impidieron continuar con las labores de perforación; y iv) la ola invernal de 2011.

8.2.- Ahora, para efectos de determinar si los aludidos acontecimientos o sucesos sí se constituían en una fuerza mayor, teniendo en cuenta que revisados los documentos que hacen parte integral del contrato las partes en ejercicio del principio de autonomía dispositiva o negocial no definieron dicho fenómeno, ni mucho menos establecieron que acontecimientos podían constituirlo, la Sala se sujetará a lo dispuesto en el artículo 64 del Código Civil, modificado a su vez por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, entendiendo por fuerza mayor todo acontecimiento

imprevisible e irresistible que impide la ejecución del objeto contratado, liberando al deudor de la obligación a su cargo.

8.3.- Preciado lo anterior la Sala procederá entonces a determinar si los acontecimientos que el consorcio contratista alega como constitutivos de fuerza mayor, sí cumplen con los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad para configurar dicho fenómeno.

8.4.- En lo relativo a la falta de disponibilidad de predios para perforar y la ausencia de estudios geológicos sobre los mismos, así como también la presencia de gas metano en los pozos a perforar, revisado el expediente se encuentra demostrado que dichos acontecimientos no cumplen con los requisitos de imprevisibilidad e irresistibilidad para constituir la fuerza mayor, pues el consorcio contratista tuvo conocimiento de esos acontecimientos desde el mismo momento en el que suscribió el acta de suspensión en la ejecución de las obras el 24 de febrero de 2011 y no obstante tener conocimiento de esas dificultades, decidió continuar con la ejecución de las obras objeto del contrato.

Pero además de decidir continuar con la ejecución de las obras objeto del contrato, no desplegó las medidas tendientes a apaciguar los efectos o consecuencias nocivas de los acontecimientos que se estaban presentando y que impedían la oportuna ejecución de las obras de perforación contratadas.

8.5.- En cuanto a la presencia de gas metano, de capas de plástico, de capas arenosas en los pozos a perforar y la ola invernal presentada en el año 2011 que generó el taponamiento de las tuberías y por ende impidió las labores de perforación contratadas, la Sala encuentra demostrado que éstas tampoco cumplen con las condiciones de imprevisibilidad e irresistibilidad para configurar la fuerza mayor, pues el contratista tuvo conocimiento de dichas circunstancias no sólo a partir de la suscripción del acta de suspensión del 24 de febrero de 2011, sino también al momento en el que suscribió el otro sí No. 1 al contrato principal del 8 de abril de 2011 y el otro sí No. 2 del 11 de julio de 2011 y aun así decidió continuar con la ejecución de las obras de perforación contratadas y no adoptó las medidas tendientes a sortear los efectos negativos que dichos obstáculos estaban generando en la ejecución del contrato.

8.6.- Con otras palabras, la Sala encuentra demostrado que con ocasión del contrato No. 1442 el 14 de diciembre de 2010 el consorcio contratista se obligó a

ejecutar una prestación consistente en perforar hasta mil novecientos (1.900) metros lineales en diferentes pozos exploratorios profundos de mínimo quinientos (500) metros cada uno, que una vez inició la ejecución de las obras tuvo conocimiento de una serie de dificultades o vicisitudes, para lo cual procedió a suscribir actas de suspensión y otrosíes, que no obstante no haber podido sortear las referidas vicisitudes a través de la suscripción de dichos acuerdos, persistió en ejecutar el objeto contractual, es decir, con fundamento en el principio de buena fe confió en que podía ejecutar las obras de perforación contratadas hasta su terminación, trasladando de ésta forma las circunstancias alegadas como constitutivas de fuerza mayor a las aleas o riesgos normales del contrato.

8.7.- Luego si el contratista desde el mismo momento en el que suscribió el acta de suspensión en la ejecución de las obras se percató de las dificultades o vicisitudes que se estaban presentando y que le impedían ejecutar adecuadamente el objeto contractual, debió adoptar las medidas necesarias para sortear los efectos o consecuencias de las referidas vicisitudes o alegar la imposibilidad para llevar la prestación contratada a feliz término

8.8.- Para la Sala circunstancias que se alegan por el contratista como constitutivos de fuerza mayor no tienen la virtualidad para liberarlo de las obligaciones a su cargo y sólo denotan la falta de previsión, de cuidado y de control sobre las condiciones particulares de los pozos a perforar, pues él teniendo conocimiento de las vicisitudes que se estaban presentando desde el mismo momento en el que empezó a ejecutar el contrato, confió con fundamento en el principio de buena fe en que podía ejecutarlo en su totalidad.

8.9.- Ahora en el evento hipotético en el cual se considerara que los hechos o acontecimientos que el contratista alega como constitutivos de fuerza mayor, hubieran configurado dicho fenómeno, tampoco habría lugar a la indemnización de perjuicios que se pide, pues tanto en los estudios previos como en el pliego de condiciones, las partes fueron claras al señalar que ante la presencia de situaciones constitutivas de fuerza mayor, que impidieran de forma definitiva el cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato, no habría lugar a reclamaciones, ni reconocimientos de una parte a la otra.

8.10. En efecto, si bien las partes en ejercicio del principio de autonomía negocial o dispositiva podían modificar a través de sus estipulaciones la regla general

contenida en el inciso 2º del artículo 1616 del Estatuto Civil, decidieron reproducirla al disponer que los eventos constitutivos de fuerza mayor no darían lugar a indemnización alguna.

8.10.- De ésta forma, se considera totalmente contrario al principio de buena fe objetiva que debe permear toda relación contractual que el contratista habiendo convenido con la administración que en caso de que acontecimientos constitutivos de fuerza mayor no habría lugar a indemnización de perjuicios, ahora venga a desconocer lo acordado alegando unas circunstancias constitutivas de fuerza mayor y solicitando la respectiva indemnización de los perjuicios presuntamente causados.

8.11.- Así las cosas, para la Sala es claro que las circunstancias alegadas por el consorcio contratista como constitutivas de fuerza mayor y generadoras de un desequilibrio económico del contrato no cumplen con los requisitos de ser de carácter imprevisible e irresistible o inevitable, pues tal como se anotó en líneas anteriores, éste tenía pleno conocimiento de las mismas desde el mismo momento en el que empezó a ejecutar el contrato, éstas eran totalmente previsibles a la fecha en que suscribió el acta de suspensión en la ejecución de las obras, es más hacían parte de los riesgos propios de la actividad contractual, razón por la cual el contratista debió emplear los medios y desplegar las actividades necesarias para morigerar su impacto.

8.12.- También se encuentra demostrado que las circunstancias referidas se habían presentado antes de la suscripción de los otrosíes No. 1 del 8 de abril de 2011 y del No. 2 del 11 de julio de 2011 y que al momento de suscribir los referidos acuerdos el consorcio contratista no formuló ninguna salvedad o reclamo de carácter económico por los supuestos perjuicios que le fueron ocasionados por dichas circunstancias.

8.13.- En más en ambos acuerdos fue el mismo contratista quién señaló *que dichas prórrogas “no genera costos adicionales a la SDA pues la supervisión es desarrollada por la Subdirección con el apoyo de personal de planta o de contrato cuyas actividades no son exclusivas al apoyo de esta supervisión(...)”*

8.14.- Pero además, dichas circunstancias fueron las que dieron lugar al acta de suspensión que suscribieron las partes el 24 de febrero de 2011, oportunidad en la

cual el consorcio contratista tampoco formuló ningún tipo de salvedad o reclamo de carácter económico.

8.15.- Ahora, con independencia de que se haya generado o no un desequilibrio económico del contrato con ocasión de las alegadas circunstancias, para la Sala es claro que para que sea procedente su restablecimiento, se encuentra en cabeza de quien lo pretende la carga de demostrar que la alteración económica del contrato es grave, que se sale de toda previsión y que no está comprendida dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contrato que deban ser asumidos por el contratista.

8.16.- Adicional a lo anterior debe cumplir con el requisito de oportunidad, es decir debe presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes, dentro de las oportunidades que en el ejercicio de la actividad contractual ha tenido para reestablecer el equilibrio económico que se ha visto roto, esto es, al momento de suscribir acuerdos como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc.

8.17.- Y es que si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.

8.18.- Pues bien, esto es lo que acontece en el asunto que ahora se somete a decisión, pues es evidente para la Sala que el consorcio demandante procedió a convenir suspensiones y prórrogas en el plazo inicialmente pactado, sin que en ninguno de ellos consignara reclamaciones, salvedades o manifestaciones de carácter económico por las alegadas circunstancias sobrevinientes, razón por la cual se considera que al momento de la suscripción de los documentos que contiene cada uno de esos actos se restableció el equilibrio económico que pudiera estar alterado precedentemente, pues nada se dijo en contrario.

8.19.- De otra parte, resalta la Sala que no le asiste la razón al recurrente cuando afirma que no incurrió en incumplimiento alguno teniendo en cuenta que si bien en

el contrato No. 1442 de 2010 las partes habían acordado la posibilidad de imponer multas ante los incumplimientos en los que incurriera el contratista, en su ejecución no se le había impuesto ninguna, pues de un lado; las partes no convinieron dicha posibilidad y de otro; a través de la Resolución No. 00028 del 18 de enero de 2010 la entidad demandada especificó que el incumplimiento en el que había incurrido el contratista era de tal magnitud que resultaba inane la imposición de otra sanción diferente a la de declarar el incumplimiento total del contrato y darlo por terminado con el objeto de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público.

8.20.- Ahora, en lo relativo a los fundamentos que tuvo la entidad accionada para declarar el incumplimiento del contrato No. 1442 de 2010, atina el Tribunal al señalar que éstos no tenían relación alguna con las circunstancias sobrevivientes alegadas como causantes del desequilibrio económico, sino que se encontraban relacionadas con la presencia de fallas en la maquinaria utilizada para realizar las perforaciones, el incumplimiento de las especificaciones técnicas exigidas en la cláusula segunda del contrato, la falta de previsión técnica de los riesgos que se presentarían en la realización de las obras tales como la presencia de bolsas de gas metano, fuentes o corrientes de agua, el rompimiento de rimas y taladros, la falta de conocimiento de las características geológicas y litológicas del terreno, entre otras.

8.21.- De ésta forma, para la Sala es claro que la razones expuestas por la entidad contratante y que dieron lugar a la declaratoria de incumplimiento por parte del contratista se encuentran directamente relacionadas con hechos o circunstancias que eran razonablemente previsibles para el consorcio contratista para la fecha en la que celebró el contrato y frente a las cuales debió adoptar las medidas necesarias para mitigar su impacto.

8.22.- En cuanto a la carga de la prueba en cabeza del consorcio accionante, encuentra la Sala que éste no allegó ninguna prueba tendiente a demostrar que las circunstancias sobrevinientes alegadas no se ocasionaron por alguna culpa imputable a él, pues tal como se señaló en líneas anteriores, eran razonablemente previsibles y se encontraban dentro de las áleas normales del contrato, así como tampoco que se produjo una alteración del equilibrio económico ni la magnitud de dicha alteración.

8.23.- Con la expedición de los actos administrativos impugnados no se vulneró el derecho fundamental al debido proceso como equivocadamente lo afirma el accionante, pues de la lectura de la Resolución No. 00028 del 18 de enero de 2010 y de los demás documentos que obran en el expediente demostrado ésta que el contratista fue requerido en diversas ocasiones por los incumplimientos en los que estaba incurriendo, que por medio de la comunicación No. 2011EE123577 fue requerido para que acudiera a una audiencia de debido proceso frente a los hechos constitutivos de un posible incumplimiento, que éste presentó sus argumentos de defensa, allegó las pruebas necesarias y controvertió las que fueron arrimadas en su contra.

8.24.- Pero además, demostrado también está que la accionada dio respuesta a todas y cada una de las comunicaciones y derechos de petición remitidos por el consorcio contratista.

8.25.- Tampoco fueron expedidos con falsa motivación pues para declarar el incumplimiento total del contrato No. 1442 de 2010 y ordenar su posterior liquidación la accionada tuvo en cuenta las pruebas arrimadas al plenario y a través de las cuales se lograron demostrar los incumplimientos en los que había incurrido el contratista en la ejecución del contrato.

8.26.- Ahora, no encontrando acreditados ninguno de los cargos de nulidad alegados por la accionante lo que se impone en el presente asunto es un fallo denegatorio de las pretensiones de la demanda.

8.27.- Y como así lo vio y lo decidió el Tribunal de primera instancia la sentencia apelada deberá ser confirmada negando las pretensiones de la demanda y mantener incólume la presunción de legalidad de la que se encuentran revestidas las Resoluciones Nos. 00028 del 18 de enero de 2012, la No. 330 del 7 de mayo de 2012 y la No. 01038 del 19 de julio de 2013, por medio de las cuales, respectivamente, se declaró el incumplimiento del contrato de obra pública No. 1442 de 2010, se resolvió el correspondiente recurso de reposición interpuesto y se ordenó su liquidación.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada pero por las razones expuestas en ésta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaró voto

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Subsección C