

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / RUBRO DE IMPREVISTOS EN EL CONTRATO ESTATAL / ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / DEBERES DEL CONTRATISTA / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE / CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO / INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / FUNCIÓN INTERPRETATIVA DEL JUEZ / LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO ESTATAL / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La Sala revocará la decisión de primera instancia porque los mayores costos por el transporte del material de relleno no pueden considerarse causados por la ocurrencia de una circunstancia imprevista por las partes al momento de celebrar el contrato y porque, tratándose de un contrato regido por el derecho privado, la Contratante no tiene la obligación de restablecer el equilibrio financiero, o de mantener inalterada la conmutatividad del contrato. La Contratante no incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales relativas a la remuneración al Contratista al no reconocerle este sobrecosto, porque en el contrato estaba regulado el tipo de materiales de relleno que debían utilizarse y estaba expresamente previsto que el Contratista no tendría derecho al reajuste de este ítem; de la interpretación de los documentos contractuales y de lo ocurrido en el desarrollo del contrato no puede inferirse que este pacto contractual hubiese sido modificado, que la Contratante hubiese <<obrado de mala fe en la celebración o ejecución del contrato>>, o que hubiese abusado de su derecho. Por tal razón no era procedente condenarla a pagar perjuicios. La decisión de <<declarar judicialmente liquidado el contrato>>, será confirmada en la medida en que contra ella no se formuló ningún reproche en el recurso de apelación.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL

[E]l término para presentar la demanda ante esta jurisdicción debe contabilizarse teniendo en cuenta tal estipulación y las normas que en la Ley 80 de 1993 regulan supletoriamente el plazo durante el cual ella debe efectuarse. [...] El Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) que era la norma vigente cuando se presentó la demanda, en relación con el término de caducidad de la acción contractual disponía en su artículo 136: <<10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: <<c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta; d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe.>> [...] Así las cosas, la demanda que dio origen al proceso fue presentada oportunamente: el contrato terminó el 7 de septiembre de 1998; los cuatro meses para liquidarlo bilateralmente vencieron el 9 de enero de 1999; los dos años vencían el 9 de enero de 2001 y la demanda se presentó el 11 de septiembre de 2000.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136

ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL / AFECTACIÓN DE LA ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL / RECLAMACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / PROCEDENCIA DE LA LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS / DEBERES DEL CONTRATISTA / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

[L]a jurisprudencia ha señalado que el Contratista debe continuar prestando el servicio o ejecutando la obra, así surjan circunstancias imprevistas que hagan más oneroso el cumplimiento de su prestación. Y que esta es una condición para que pueda reclamar perjuicios por el incumplimiento de la obligación de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato prevista a cargo de la Contratante en el artículo 5 de la ley 80 de 1993.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 3 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 5

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la reclamación del restablecimiento de la ecuación financiera por parte del contratista y su deber de continuar con la ejecución del contrato así surjan circunstancias imprevistas que hagan más oneroso el cumplimiento de su prestación, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2004, rad. 14043, C. P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia de 10 de noviembre de 2005; rad. 14392, C. P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

CONTRATO ONEROSO / CONTRATO CONMUTATIVO

De la definición de los contratos onerosos y conmutativos del artículo 1498 del Código Civil, de acuerdo con el cual en tales contratos <<cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez>>, no puede deducirse que en ellos deba existir un equilibrio objetivo entre las prestaciones de las partes; la falta de equivalencia en las prestaciones de un contrato bilateral y oneroso, solo genera su invalidez en los casos excepcionales en los cuales la ley consagra la nulidad por lesión enorme; y la revisión por imprevisión no atañe al equilibrio de las prestaciones pactadas, sino a lo ocurrido en la ejecución del contrato. Es cierto que, a partir de lo acordado en el contrato puede deducirse una correlación entre las prestaciones pactadas y establecer qué fue lo que cada una de ellas consideró como remuneración equivalente; y a partir de allí determinar cuáles fueron las <<bases del contrato>> para saber si una de las partes tiene derecho a solicitar la revisión regulada en dicha norma, cuando se cumplan las condiciones en ella establecidas (circunstancias sobrevinientes imprevistas e imprevisibles, que hagan excesivamente onerosa la prestación del demandante). Eso es totalmente distinto a considerar que en un contrato regido por el derecho privado se deban pactar prestaciones equivalentes; que el Contratista tenga derecho a que tal equivalencia se mantenga durante toda la ejecución del contrato; y que la Contratante tenga la obligación correlativa de restablecerla cuando se rompa por causas no imputables a ninguna de las partes. De las definiciones de contrato conmutativo y oneroso del Código Civil no puede deducirse la existencia de la obligación de la Contratante de restablecer el equilibrio de la ecuación financiera del contrato durante su ejecución; y esa obligación tampoco puede deducirse de lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1498 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 868

CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL / RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE / CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / FUNCIÓN INTERPRETATIVA DEL JUEZ

El hecho de que en los contratos regidos por el derecho privado no se encuentre prevista la obligación de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato no quiere decir que el Contratista no pueda reclamar perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones de la Contratante, incluyendo su obligación legal de obrar de buena fe en la ejecución del contrato, punto en el cual debe tenerse en cuenta que las obligaciones pactadas deben ser interpretadas por el juez del Contrato verificando cuál fue su voluntad al celebrarlo. [...] En esta tarea de interpretar la voluntad contractual el juez tiene mayor libertad que la que tiene cuando interpreta un texto legal, puesto que las normas le indican que debe estarse a esa voluntad más que a lo literal de las palabras; por tal razón, el juez debe tener en cuenta, entre otras cosas, lo ocurrido en la etapa precontractual y durante la ejecución del contrato: si la voluntad de las partes es lo que obliga, esa voluntad debe estar adecuadamente determinada. [...] [L]a jurisprudencia ha señalado que en la interpretación de los contratos prevalece el criterio subjetivo sobre el criterio objetivo. Y en los contratos sometidos al derecho privado, en los cuales rige la regla de la consensualidad que también se deriva de la autonomía de la voluntad, en el sentido de que ella es suficiente para obligar, la interpretación del querer de las partes debe prevalecer incluso sobre lo estipulado, y puede deducirse de la forma como se ejecuta el contrato, pues su modificación no requiere las formalidades del contrato estatal. [...] Por último, en la determinación de la existencia de perjuicios a partir del incumplimiento de las obligaciones de las partes, el juez también debe considerar el deber constitucional de todas las personas de <<respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios>>. Debe tener en cuenta que conforme con el artículo 871 del Código de Comercio <<Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural>>, y conforme con el artículo 830 del mismo ordenamiento <<El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause>>.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1602 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1603 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1618 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1621 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1622 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1623 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1624 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 830 / CÓDIGO DE COMERCIO - ARTÍCULO 871

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los criterios de interpretación de los contratos, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de junio de 2018, rad. 40353, C. P. María Adriana Marín.

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con salvamento de voto del consejero Alberto Montaña Plata y aclaración de voto del consejero Ramiro Pazos Guerrero.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D. C., diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 05001-23-31-000-2001-00321-01(47068)

Actor: OBRAS Y TERRENOS LTDA. Y OTROS

Demandado: EMPRESA ANTIOQUEÑA DE ENERGÍA S.A. E.S.P.

Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACIÓN SENTENCIA)

Tema: Se revoca la sentencia de condena de primera instancia. En un contrato regido por el derecho privado no hay lugar a reconocer perjuicios con fundamento en la obligación de *<<mantener la conmutatividad del contrato>>* o de *<<restablecer el equilibrio financiero>>*. El costo por el transporte de materiales de llenos desde la fuente de abasto debía ser asumido por el contratista, conforme con la estipulaciones del contrato. Como se pactó la liquidación bilateral, el término de caducidad se contabiliza desde los cuatro meses previstos para efectuarla en la Ley 80 de 1993, sin que haya lugar a *<<liquidar judicialmente el contrato>>*.

SENTENCIA

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 23 de octubre de 2012, en la cual se accedió a la pretensión de reconocimiento de mayores costos en la obtención de los materiales de lleno, se condenó en abstracto a la entidad demandada y se liquidó judicialmente el contrato.

La sentencia apelada dispuso textualmente:

<<PRIMERO. Se DECLARAN no probadas las excepciones propuestas por EADE S.A. E.S.P., por lo indicado en la parte motiva.

SEGUNDO. Se DECLARA liquidado judicialmente el Contrato de Obra No. 5618 de 1998, suscrito entre EADE S.A. E.S.P. y el consorcio OBRAS Y TERRENOS LTDA. y EXCAVAR S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa.

TERCERO. En consecuencia, se CONDENA EN GENERE (sic) a EADE S.A. E.S.P. a reconocer y pagar a OBRAS Y TERRENOS LTDA. y a EXCAVAR S.A. la diferencia actualizada, resultante por los mayores costos de materiales de lleno sufragados, por lo considerado previamente.

CUARTO. NIÉGUESE las demás pretensiones de la demanda, por lo expuesto en las consideraciones.

QUINTO. Dese cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO. No se condena en costas como lo prevé el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo por cuanto no aparecen causadas

SÉPTIMO. En firme la presente providencia, archívese el expediente dejando las constancias de rigor.>>

Esta Subsección es competente para conocer del recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 129 y 181 del Código Contencioso Administrativo.

I.- Antecedentes

A.- Posición de la parte demandante

1.- Las demandantes son las sociedades Obras y Terrenos Ltda. y Excavar S.A., las cuales conformaron el consorcio <<Excavar S.A. - Obras y Terrenos Ltda.>> (en adelante el Contratista, que es la parte que tenía a su cargo la realización de las obras) contra la Empresa Antioqueña de Energía S.A. E.S.P. (en adelante la <<EADE>>, o la Contratante, porque es la parte que contrajo la obligación de pagarlas), fueron la siguientes:

<<Pretensiones principales

1.1 *Que se declare el cumplimiento de la condición negativa pactada en la cláusula décima sexta del contrato nro 5618, suscrito entre EADE S.A E.S.P. y los demandantes, al no dar respuesta EADE S.A. E.S.P. al consorcio conformado por "Obras y Terrenos Ltda. y "Excavar S.A" en el plazo previsto en dicha cláusula a la solicitud de aprobación de quince mil quinientos pesos (\$15.500) y de catorce mil pesos (\$14.000.00) como nuevos precios para cada metro cúbico de arenilla y material granular no clasificado respectivamente que fueron suministrados por los demandantes durante toda la ejecución del contrato hasta el recibo definitivo de las obras, y que en total correspondieron a 1.036,03 metros cúbicos de arenilla y 2.746,48 metros cúbicos de material granular no clasificado, es decir, un volumen total de 3.782,51 m3 de material de llenos.*

1.2 *Que se declare el cumplimiento de la condición negativa pactada en la cláusula décima sexta del contrato Nro. 5618, suscrito entre EADE y los demandantes, al no dar respuesta EADE S.A. E.S.P. al consorcio conformado por "Obras y Terrenos Ltda. y "Excavar S.A." en el plazo previsto en dicha cláusula a la solicitud de pago del mayor costo de material de llenos, de los*

mayores costos por menores rendimientos tanto de equipo como administrativos y de los intereses moratorios por el pago tardío de las facturas correspondientes a las actas de obra mensuales, y cuyos valores fueron consignados en la comunicación CT-525-12-8 del primero de diciembre de 1998 enviada por los actores a EADE S.A. E.S.P., la cual fue protocolizada junto con la escritura mil ciento cuarenta y cuatro (1144) del seis (6) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1.999) de la Notaría Once (11) del Círculo de Medellín.

1.3 Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, LA EMPRESA ANTIOQUEÑA DE ENERGIA S.A. E.S.P – EADE S.A E.S.P, pagará a OBRAS Y TERRENOS LTDA. Y EXCAVAR S.A., los siguientes conceptos:

- 1.3.1 La totalidad de los valores dejados de percibir como consecuencia del no pago por parte de EADE S.A E.S.P. de los suministros de arenilla y material granular no clasificado a los precios de quince mil quinientos pesos (\$15.500.00) y catorce mil pesos (\$14.000.00) metro cúbico respectivamente., teniendo en cuenta que los volúmenes de estos materiales suministrados fueron 1.036,03 m3 de arenilla y 2.476,48 m3 de llenos, de acuerdo con lo expresado en la demanda, el acervo probatorio y en especial lo que sea determinado pericialmente dentro del proceso.
- 1.3.2 Los mayores costos por los menores rendimientos administrativos y de equipo, cuyos valores se describen en la comunicación CT.525-12-8 del primero de diciembre de 1998 enviada por los actores a EADE S.A. E.S.P. (...)
- 1.3.3 El valor de los intereses moratorios generados por el pago tardío de las facturas correspondientes a las obras ejecutadas, consignado en la comunicación CT.525-12-8 del primero de diciembre de 1998, enviada por los actores a EADE S.A. E.S.P. (...).
- 1.3.4 Que los valores anteriores se actualicen de acuerdo con el IPC vigente al momento del fallo.
- 1.3.5 Que sobre los valores anteriores se reconozcan a favor de los actores el pago de los intereses moratorios que se generen desde la ejecutoria de la sentencia hasta el pago total de las obligaciones a las tasas establecidas en la legislación civil y comercial.
- 1.4 Que el contrato sea liquidado en sede judicial, incluyendo en dicha liquidación los valores anteriores.
- 1.5 Que se condene en costas al demandado.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

En caso de que el Despacho considere que por circunstancias legales y/o fácticas no es procedente la declaración del cumplimiento de las condiciones negativas descritas en los numerales 1.1. y 1.2. de las pretensiones principales, comedidamente solicito que, en subsidio de dichas pretensiones, se acceda a las siguientes pretensiones:

2.1 Que se declare que LA EMPRESA ANTIOQUEÑA DE ENERGIA S.A. E.S.P. – EADE, incumplió el contrato de obra pública Nro 5618 “Construcción de las obras civiles para la subestación eléctrica de la EADE en el Municipio de la Ceja”, suscrito entre EADE y los actores, quienes actuaron en consorcio, al no pagar a “OBRAS Y TERRENOS LTDA” y “EXCAVAR S.A”, los intereses moratorios generados por el pago tardío de las actas de obra; los sobrecostos por los costos fijos no recuperados, la utilidad e imprevistos no recuperados; los sobrecostos ocasionados por el cambio de condiciones en los terraplenes del proyecto, y en general los perjuicios sufridos por el no restablecimiento del equilibrio financiero, vulnerando la conmutatividad del contrato.

2.2 Que se declare el incumplimiento de EADE S.A. E.S.P por la no liquidación del contrato.

2.3 Que en consecuencia de la declaración anterior se condene a EMPRESA DE ENERGIA S.A. E.S.P. – EADE a pagar a “OBRAS Y TERRENOS LTDA” y “EXCAVAR S.A.”, la totalidad de los perjuicios sufridos por el no restablecimiento del equilibrio financiero que vulneró la conmutatividad del contrato, de acuerdo con la valoración hecha en el capítulo III de esta demanda, denominado “Valoración de extracostos” lo que se establezca pericialmente, y en especial los siguientes conceptos:

2.3.1 El saldo de capital insoluto y la totalidad de los intereses moratorios generados por el no pago oportuno de las actas de obra, de acuerdo con la valoración hecha en el capítulo III de esta demanda, denominado “Valoración de extracostos” o lo que se determine pericialmente.

2.3.2. Los sobrecostos por los costos fijos no recuperados, la utilidad e imprevistos no recuperados de acuerdo con la valoración hecha en el capítulo III de esta demanda, denominado “Valoración de extracostos”, o lo que se establezca pericialmente.

2.3.3 Los sobrecostos ocasionados por el cambio de condiciones en los terraplenes del proyecto, de acuerdo con la valoración hecha en el capítulo III de esta demanda, denominado “Valoración de extracostos” o lo que establezca pericialmente.

2.4. Que los anteriores valores se actualicen de acuerdo con el IPC vigente al momento del fallo, con el correspondiente pago de intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia hasta el pago total y definitivo de las obligaciones consignadas en ésta, a las tasas establecidas en la legislación civil y comercial.

2.5 Que se condene en costas a EADE S.A. E.S.P. por la negativa persistente a pagar las obligaciones descritas en los numerales anteriores, y por negarse a resolverlas mediante los mecanismos alternativos pactados en la cláusula Vigésimo octava del contrato.

2.6 Que se liquide el contrato por el Despacho, teniendo en cuenta el reconocimiento de las pretensiones subsidiarias descritas.>>

2.- Las demandantes fundaron sus pretensiones, en síntesis, en las siguientes afirmaciones:

2.1.- El 10 de octubre de 1997, la EADE, <<mediante acción unilateral>> abrió la licitación No. 177/97 para la <<ejecución de las obras civiles Subestación Eléctrica La Ceja>>, con un presupuesto de \$946.829.623. Se presentaron nueve proponentes, y el contrato le fue adjudicado al Consorcio demandante, que presentó propuesta por valor de \$757.463.698, mientras que la segunda propuesta más económica ascendía a \$803.164.778.

2.2.- El 9 de enero de 1998, las partes suscribieron el contrato materia del proceso, con el objeto de ejecutar las obras civiles de la Subestación Eléctrica La Ceja, bajo la modalidad de precios unitarios no reajustables, por un valor total de \$757'463.698.

2.3.- Para la elaboración de la propuesta las demandantes tuvieron en cuenta que los pliegos de condiciones estipulaban que se haría <<un lleno en arenilla o cualquier material de préstamo que se encontrare en LA REGIÓN>>, y que al

Contratista le correspondería suministrar los materiales de terraplenes, <<adquiridos de algún proveedor o explotados de alguna zona de préstamo aprobada por el Interventor>>.

2.4.- Las demandantes propusieron la ejecución de los terraplenes con *arenilla o material de préstamo existente en la región*, con base en su interpretación de los pliegos de condiciones (numeral 3.4.3.2.2 de la Adenda 4), porque obtuvieron información de que allí se habían ejecutado actividades con *materiales extraídos* de fuentes ubicadas en el *Municipio de la Ceja*, en el que estaba ubicada la obra. A partir de lo anterior, cotizaron estos materiales <<a un precio unitario de \$8.910 M/3, que debía ser liquidado con un incremento del 20% del factor AIU de manera que todos los terraplenes fueron cotizados con materiales provenientes de la región>>.

2.5.- Las demandantes trajeron *arenilla o material de préstamo existente en la región*, pero este no fue aceptado por la firma Solingral (asesora externa de EADE y encargada de los estudios geológicos del proyecto). Solingral propuso reemplazarlo por un material granular no clasificado, lo que obligó a las demandantes a buscar materiales en fuentes ubicadas en otros municipios (Guarne, Rionegro y el Valle de Aburrá) e implicó que tuvieran que incurrir en mayores costos. El cambio de condiciones con un costo de transporte mucho más oneroso motivó que el Contratista tuviera que renegociar un nuevo precio con el subcontratista al que le había encomendado esta labor, la que se incrementó de <<\$8.500 /M3 a \$23.060 M3.>>

2.6.- <<Para efectos de definir el término preciso de <<arenilla o materiales de la región>>, las partes, en comité de obra No. 3, coincidieron en que <<el acarreo contenido en los precios del Contrato convergía en una distancia menor a 4 Kilómetros>>, pues ello se derivaba del análisis del <<precio contractual de disposición de material de explanación pactado>>.

2.7.- El 20 de abril de 1998 las contratistas presentaron una petición a la EADE para que autorizara los precios de los materiales obtenidos en Guarne y Rionegro. La EADE la respondió, ratificando la aceptación de la arenilla y aprobando el uso del material granular no clasificado, pero guardó silencio respecto de los precios. Este silencio, para las demandantes, conllevó la realización de la condición negativa de la cláusula décima sexta del contrato, según la cual la falta de respuesta a una petición por parte de la Contratante implicaba su aceptación.

2.8.- La dificultad en la aprobación de los materiales también provocó la alteración de la programación de obras, lo cual condujo a que las demandantes i) tuvieran que reconocerle a su proveedor el tiempo de disponibilidad de los medios para ejecutar las obras en los terraplenes y ii) le solicitaran a la EADE ampliar el plazo del contrato.

2.9.- Las partes pactaron las *cláusulas adicionales 1 y 2 de ampliación de plazo*, y el 7 de septiembre de 1998 suscribieron el acta de recibo de obra, en la que se contabilizaron obras ordinarias y extras ejecutadas. La EADE no pagó

oportunamente la mayoría de las cuentas de obra ordinaria y retuvo el pago de la factura de la obra extra del Contrato.

2.10.- El 1º de diciembre de 1998 las demandantes enviaron una nueva petición para el reconocimiento de sus reclamaciones, la cual fue contestada por la EADE por fuera de los 15 días a los que se refería la cláusula décima sexta del Contrato, configurándose nuevamente la condición negativa prevista en dicha cláusula y, en consecuencia, la aceptación tácita de las solicitudes formuladas por las contratistas.

2.11.- Al momento de la presentación de la demanda, el Contrato no había sido liquidado.

2.12.- Según las demandantes, la ejecución irregular del Contrato les causó perjuicios representados en:

- A. Costos fijos no recuperados y utilidad e imprevistos por recuperar, como consecuencia del cambio en las condiciones inicialmente pactadas, por \$24.105.386, con actualización de precios a noviembre de 1998.
- B. Un mayor costo de \$76.509.614 en la ejecución de los terraplenes, como consecuencia del mayor valor de los materiales, así como por el tiempo de paralización de medios destinados a la ejecución de los terraplenes.
- C. Un crédito por \$30.837.989 correspondiente al capital insoluto e intereses de mora causados.

B.- Posición de la parte demandada

3.- La EADE propuso las excepciones de <<*inexistencia de la obligación*>> y <<*falta de legitimidad en la causa por activa*>>. Expuso, en síntesis, las siguientes razones de defensa:

3.1.- Sobre la condición negativa derivada de la comunicación del 20 de abril de 1998, argumentó que las demandantes enviaron información sobre los materiales que utilizarían y su costo, pero no formularon expresamente una solicitud de modificación de los precios del Contrato. En relación con la comunicación del 1º de diciembre de 1998, señaló que respondió oportunamente indicándoles a las demandantes que su reclamación no tenía sustento y que adelantaba un estudio para resolver la solicitud de manera amplia, lo cual finalmente hizo el 8 de abril de 1999.

3.2.- En relación con la ejecución de los terraplenes, indicó que los oferentes <<*debieron observar los pliegos de condiciones y las correspondientes adendas*>> al planificar las obras respectivas y que el error de las demandantes en la interpretación de los pliegos les era imputable sólo a éstas.

3.3.- Adujo que la reclamación por sobre costos era infundada porque el trabajo para las explanaciones del terraplén estaba definido en los pliegos y las especificaciones técnicas disponían que las contratistas suministrarían el material, <<adquirido a algún proveedor o explotador de alguna zona de préstamo, aprobado por el interventor>>. Agregó que la determinación de *la región* <<correspondía al contratista>> y que las demandantes contaban con <<acreditada experiencia técnica y administrativa>> para tal fin.

C.- La sentencia recurrida

4.- En la sentencia del 23 de octubre de 2012 el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió parcialmente a las pretensiones subsidiarias de la demanda. Les reconoció a las demandantes <<el mayor valor de los materiales utilizados para la construcción de las obras pactadas>> y dispuso liquidar judicialmente el contrato. Negó las demás pretensiones. Para adoptar esta decisión:

4.1.- Precisó que el régimen jurídico aplicable al Contrato era el derecho privado, en virtud de lo establecido en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 y el parágrafo del artículo 8º de la Ley 143 de 1994.

4.2.- Concluyó que no había lugar a aplicar la condición negativa prevista en la cláusula décima sexta del contrato, porque las peticiones a partir de las cuales se pretendía configurar el silencio sí fueron contestadas, con lo cual quedaron desechadas las pretensiones principales de la demanda.

4.3.- Fundamentó la procedencia del reconocimiento de sobre costos en la adquisición de los materiales, en la existencia de la obligación a cargo de la Contratante de mantener la *conmutatividad del contrato*, y en el hecho de que, de conformidad con los documentos contractuales, la obligación del Contratista consistía en suministrar materiales de lleno *de la región*; a juicio del tribunal, si la noción de *región* no fue precisada por la Contratante, a ella le correspondía asumir las consecuencias de tal *ambigüedad* porque redactó los documentos contractuales.

Señaló el tribunal:

- Al mencionarse repetidamente en la Adenda No. 4 que los terraplenes deberían hacerse <<con material de préstamo o arenilla de la región>>, indudablemente se estaba limitando la consecución del material a un área específica y que era confuso y ambiguo en cuanto <<no se especificó el alcance del término la “región”>>. Para el tribunal esta ambigüedad debía ser interpretada a favor del contratista en atención a lo dispuesto por el artículo 1624 del Código Civil.¹

¹ El artículo 1624 del Código Civil, en lo pertinente dispone <<cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por

- Al elaborar su propuesta, las contratistas tuvieron en cuenta que los materiales que iban a utilizar serían de la <<región>>.
- El término <<la región>> debía entenderse como 4 kilómetros a la redonda, lo que deduce de la precisión hecha en el comité de obra del 3 de marzo de 1998, en el que se indicó que el precio del acarreo de material debía ser el de <<transportar una distancia menor de 4 kilómetros>>, conclusión que se fundamenta en lo dicho por el perito ingeniero civil quien precisó que por región se entiende la <<zona circundante de la obra>>.
- Iniciada la ejecución contractual se detectó que los materiales de la *región* no eran aptos para ser usados en la obra, por lo que las contratistas se vieron obligadas a buscar material en otras zonas, lo que aumentó los precios. Del mismo modo tuvo lugar un fuerte invierno que obligó a la utilización de un material diferente que también debió ser obtenido en otras zonas. Todos estos cambios de materiales fueron aprobados por la firma asesora de la entidad.
- En virtud de todo lo anterior, concluyó que estaba demostrado que se había configurado <<una alteración en la conmutatividad del contrato, no imputable al contratista>>, en cuanto se modificaron las condiciones materiales de ejecución inicialmente pactadas, y el contratista debió abastecerse de material de lleno para los terraplenes de proveedores diferentes de los que inicialmente consideró y cotizó, atendiendo lo indicado en el pliego de condiciones.
- Adicionalmente, las respuestas dadas por la entidad contratante y la aprobación de uso de los materiales por parte de la interventoría, aun conociendo los nuevos costos de transporte, generaron confianza legítima al contratista para seguir adelantando la obra con tales materiales.
- En consecuencia, y en aras de garantizar la conmutatividad del contrato, reconoció a favor de las demandantes <<los mayores valores que debió cancelar el contratista para abastecerse de materiales de lleno provenientes de Guarne, Rionegro y Medellín>>.

4.4.- Negó la pretensión de *reconocimiento de costos fijos no recuperados* que la parte actora formuló con ocasión del tiempo de ejecución de la obra y el valor facturado a la EADE. Consideró que por diversas eventualidades las obras debieron reducirse en un porcentaje cercano al 15% de la obra ordinaria inicialmente pactada, y que el valor de las obras se pactó a precios unitarios firmes, no sujetos a ningún tipo de reajuste por lo que los valores a pagar serían el resultado de multiplicar estos precios por las cantidades de obra efectivamente ejecutadas.

4.5.- Negó la pretensión de *reconocimiento de los mayores costos por la disponibilidad de medios en la obra mientras se solucionaba el asunto del material a utilizar* por no haberse demostrado este perjuicio

4.6.- También negó la pretensión de *reconocimiento de intereses por pago tardío de las facturas* porque la parte demandante no acreditó las fechas en las que el interventor recibió las actas, momento a partir del cual —según el contrato— se debía contar el término para que la entidad contratante procediera al pago.

4.7.- Finalmente, luego de advertir que no se había realizado la liquidación del contrato y que se formuló una pretensión en tal sentido, procedió a efectuar su liquidación en la que señaló que debería pagarse lo relativo al mayor costo de materiales. Y, ante la carencia de suficientes medios de prueba para cuantificar de manera *exacta* el valor a pagar por el mayor costo de materiales, *condenó en abstracto* y autorizó a la parte demandante a promover un incidente de liquidación de perjuicios en el que, aportados los medios de prueba, se debía realizar la liquidación por un perito.

D. El recurso de apelación

5.- La EADE interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia para que fuera revocada y, en su lugar, se absolviera a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra. Formuló los siguientes reparos:

5.1.- No se cumplieron los requisitos del artículo 868 del Código de Comercio para revisar el Contrato por la ruptura del equilibrio económico. En efecto:

- Las contratistas se obligaron a asumir el valor de los ítems propuestos y los riesgos inherentes a la ejecución de la obra, lo cual comprendía el cambio de las fuentes de abasto de materiales;
- Los trabajos de llenos y el suministro de materiales para explanación de terraplenes eran una obra ordinaria pactada en el Contrato, de modo que no existían razones para que la EADE aceptara pagar precios adicionales por materiales de terraplenes;
- La EADE no garantizó que el material de un área determinada fuera suficiente, por lo que la necesidad de cambiar la fuente de materiales no era una situación extraordinaria sino un álea, propia del Contrato, que las contratistas podían estimar por ser expertas en la materia.

5.2.- No se violó el principio de confianza legítima porque la EADE no podía modificar unilateralmente las expectativas de las contratistas, pues el contrato era de derecho privado y la EADE no ejerció potestades estatales. La EADE no le generó al contratista una expectativa de obtener un beneficio que luego le negó unilateralmente, toda vez que la aprobación de materiales no implicaba la modificación de precios unitarios y el interventor no estaba facultado para modificar estipulaciones contractuales o pactar precios.

5.3.- Además, las contratistas no demostraron haber obrado diligentemente en la etapa precontractual respecto de la verificación de las condiciones de ejecución del contrato relacionadas con los materiales que utilizarían.

5.4.- Aunque en la sentencia de primera instancia se señalaron los parámetros para liquidar el mayor valor a pagar por materiales, no se mencionaron las estipulaciones contractuales en que se fundó dicho valor.

E.- El trámite de segunda instancia

6.- El recurso de apelación de la parte demandada fue admitido mediante providencia del **24 de mayo de 2013**. Las partes guardaron silencio en la oportunidad para presentar sus alegatos de conclusión en segunda instancia.

7.- El Ministerio Público rindió concepto mediante escrito del 18 de julio de 2013, en el cual solicitó revocar el fallo de primera instancia y denegar las súplicas de la demanda. Advirtió que el objeto de la apelación se circunscribía al reconocimiento de mayores costos por la consecución de materiales y sostuvo que, de conformidad con los pliegos, los proponentes tenían <<el rol de gestor de sus propios intereses>>, por lo que debían informarse sobre la manera como ejecutarían el contrato; que los precios unitarios eran fijos e incluían los costos de transporte, de suerte que las contratistas corrían con los riesgos del suministro. Agregó que la expresión <<la región>> no daba lugar a entender que se trataba de una extensión de 4 kilómetros a la redonda de un determinado sitio.

II.- Consideraciones

A.- La presentación oportuna de la demanda

8.- Aunque el contrato está regido por el derecho privado, en su cláusula vigésima novena las partes estipularon que sería liquidado de común acuerdo por las partes sin establecer el término dentro del cual la liquidación se llevaría a cabo, por lo cual el término para presentar la demanda ante esta jurisdicción debe contabilizarse teniendo en cuenta tal estipulación y las normas que en la Ley 80 de 1993 regulan supletoriamente el plazo durante el cual ella debe efectuarse.

La cláusula citada dispone textualmente:

<<CLÁUSULA VIGÉSIMA NOVENA. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO Y ACTA DE FINIQUITO. Una vez recibidas las obras, LA EADE suscribirá con EL CONTRATISTA un acta de finiquito, la cual será una declaración mutua de paz y salvo de las obligaciones adquiridas por el contrato, con excepción de las reclamaciones que de conformidad con las disposiciones legales tiene derecho a hacer LA EADE por los vicios de construcción a que se refieren las reglas 3a y 4a del artículo 2060 del código civil colombiano y las demás disposiciones concordantes. Para suscribir esta acta de finiquito, LA EADE le exigirá a EL CONTRATISTA la comprobación de que está a paz y salvo por todo concepto con el personal que empleó en las obras, que está libre de demandas por

responsabilidad civil extracontractual originadas en la ejecución de las obras y la presentación de la garantía de estabilidad de la obra que se refiere a la cláusula décima. Es interés de LA EADE liquidar el contrato en el menor tiempo posible. Por esta razón se deberán llevar los registros actualizados y liquidación de las obras que se terminen antes del plazo último final. A la terminación del contrato y antes de proceder a su liquidación, EL CONTRATISTA presentará a LA EADE una relación clara, completa y detallada de los pagos hechos en desarrollo del contrato y de los pendientes, y una relación de los informes y memorias producidos durante el proceso del contrato.>>

9.- El Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) que era la norma vigente cuando se presentó la demanda, en relación con el término de caducidad de la acción contractual disponía en su artículo 136:

<<10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así: ...

<<c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años contados desde la firma del acta; d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe.>>

10.- El artículo 60 de la Ley 80 de 1993, vigente para el momento de la celebración del contrato, en relación con la oportunidad para liquidar bilateralmente, cuando no existiera estipulación expresa que lo estableciera, disponía que ella debía llevarse a cabo *<<a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.>>*

11.- Como las partes estipularon que el contrato se liquidaría bilateralmente sin determinar el término en el que lo harían, debe aplicarse la norma supletoria anterior, y el término de caducidad se contabiliza a partir del vencimiento de los cuatro meses que tenían la partes para liquidar de común acuerdo el contrato. No puede aplicarse la regulación prevista para la liquidación unilateral porque ella no fue estipulada. Para la Sala es claro que la liquidación del contrato no es un acuerdo de voluntades que esté regulado en la normativa aplicable al derecho privado, razón por la cual en la misma no existe una norma *supletoria* de la voluntad de las partes que señale cuál debe ser el plazo dentro del cual la liquidación debe llevarse a cabo. Por tal razón, en la medida en que dicha labor requiere de un término razonable y no puede realizarse el mismo día en que finaliza el contrato (plazo tácito o indispensable para el cumplimiento de la obligación en los términos del artículo 1551 del Código Civil) estima prudente aplicar de manera supletoria el mismo plazo previsto por la ley 80. Lo anterior, porque dicho plazo (4 meses) ha sido previsto por el legislador para que tal actividad se realice con una entidad pública que está sujeta, en materia de normas presupuestales y fiscales, al cumplimiento de exigencias legales que lo hacen necesario.

12.- Así las cosas, la demanda que dio origen al proceso fue presentada oportunamente: el contrato terminó el 7 de septiembre de 1998; los cuatro meses para liquidarlo bilateralmente vencieron el 9 de enero de 1999; los dos años vencían el 9 de enero de 2001 y la demanda se presentó el 11 de septiembre de 2000

B.- Objeto del litigio

13.- En la medida en que la única parte que apeló fue la entidad demandada, la Sala se referirá sólo a los reparos señalados por dicha parte contra el reconocimiento de mayores costos en la obtención del material de relleno utilizado en la obra adquirido en lugares estimados como <<*fuera de la región*>>. No se pronunciará sobre las pretensiones principales de la demanda, fundadas en el reconocimiento tácito de perjuicios por la no respuesta de la Contratante, porque el sustento de las mismas fue descartado por el tribunal y la parte demandante no apeló la sentencia.

14.- Toda vez que las partes no discuten que el material de relleno que se encontraba en la zona más cercana a la obra no era adecuado, lo único que debe dilucidarse es si la Contratante debía reconocer los mayores costos que su adquisición en lugares más alejados representó para el Contratista. Esta pretensión la sustentó la parte demandante en <<*el no restablecimiento del equilibrio financiero vulnerando la conmutatividad del contrato*>>, y el tribunal basó la condena en dicho fundamento, y en la existencia de ambigüedad en las estipulaciones contractuales en relación con lo que debía entenderse por el término <<*región*>> para determinar de dónde debían traerse los materiales de relleno.

C.- Decisión y plan de exposición

15.- La Sala revocará la decisión de primera instancia porque los mayores costos por el transporte del material de relleno no pueden considerarse causados por la ocurrencia de una circunstancia *imprevista* por las partes al momento de celebrar el contrato y porque, tratándose de un contrato regido por el derecho privado, la Contratante no tiene la obligación de *restablecer el equilibrio financiero*, o de *mantener inalterada la conmutatividad del contrato*. La Contratante no incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales relativas a la remuneración al Contratista al no reconocerle este sobrecosto, porque en el contrato estaba regulado el tipo de materiales de relleno que debían utilizarse y estaba expresamente previsto que el Contratista no tendría derecho al reajuste de este ítem; de la interpretación de los documentos contractuales y de lo ocurrido en el desarrollo del contrato no puede inferirse que este pacto contractual hubiese sido modificado, que la Contratante hubiese <<*obrado de mala fe en la celebración o ejecución del contrato*>>, o que hubiese abusado de su derecho. Por tal razón no era procedente condenarla a pagar perjuicios.

16.- La decisión de <<declarar judicialmente liquidado el contrato>>, será confirmada en la medida en que contra ella no se formuló ningún reproche en el recurso de apelación.

17.- En la primera parte, la Sala hará referencia al contexto normativo que debía considerarse para resolver la reclamación del Contratista e indicará las razones por las cuales, estando sometido el contrato a las reglas del derecho privado, no era procedente fundamentar la decisión en obligación de *mantener inalterada la conmutatividad del contrato*, a la cual el tribunal le dio el mismo alcance de la obligación de restablecer el *equilibrio de la ecuación financiera del contrato*, prevista para los contratos sometidos al estatuto de contratación pública. Establecido lo anterior, precisará que la reclamación del demandante debía resolverse determinando el alcance de lo pactado, con el objeto de establecer si la demandada incumplió una obligación a su cargo y, por ende, debía reparar los perjuicios reclamados por el Contratista. En la segunda parte se referirá al caso concreto para evidenciar que, conforme con lo pactado y teniendo en cuenta lo ocurrido en la ejecución del contrato, el Contratista no tenía derecho al pago del sobrecosto reclamado.

D.- El contexto normativo

a.- El tratamiento normativo de la imprevisión a partir del interés en el contrato y del papel de las partes en el mismo

18.- No se discute la aplicación del derecho privado al contrato objeto del proceso; la parte demandante lo advirtió expresamente en la demanda, citó las normas legales y la jurisprudencia con base en la cual los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos están sometidos al derecho privado; e invocó la imprevisión regulada el artículo 868 del Código de Comercio en los fundamentos de derecho de sus pretensiones, norma a la cual también hizo referencia el tribunal en la sentencia de primera instancia.

19.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 80 de 1993² la entidad Contratante tiene la obligación de *restablecer el equilibrio de la ecuación financiera del contrato* y de indemnizar los perjuicios que sufra el Contratista cuando la incumpla, teniendo en cuenta que el interés general (no solo el de las partes) está involucrado en la correcta ejecución de los contratos estatales; que en ellos la Contratante está dotada de facultades excepcionales que le permiten *interpretarlo y modificarlo* para obtener tales fines; y que en dichos contratos el Contratista debe de obrar como *colaborador* de la administración asumiendo costos que implique su ejecución, así se le impongan modificaciones, o se

² <<Artículo 5o.- Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas ... tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia, tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas...>>

encuentre con circunstancias imprevistas que alteren la ecuación financiera con base en la cual formuló la propuesta o suscribió el contrato. Si la Contratante no cumple la obligación de restablecer la ecuación financiera durante el contrato, debe pagar los perjuicios derivados de tal incumplimiento.

20.- El artículo 3 de la Ley 80 de 1993 establece el Contratista del Estado obra en el contrato como un *colaborador* de la administración: <<Los particulares, por su parte, *tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones*>>; tal condición se reitera en el numeral segundo del artículo 5, conforme con el cual los contratistas <<*colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse.*>>

21.- A partir de lo dispuesto en estas normas, la jurisprudencia ha señalado que el Contratista debe continuar prestando el servicio o ejecutando la obra, así surjan circunstancias imprevistas que hagan más oneroso el cumplimiento de su prestación. Y que esta es una condición para que pueda reclamar perjuicios por el incumplimiento de la obligación de restablecimiento de la ecuación financiera del contrato prevista a cargo de la Contratante en el artículo 5 de la ley 80 de 1993.

<<...es indispensable que el cocontratante particular, a pesar del trastorno producido, no haya suspendido por sí la ejecución del contrato. Si la imprevisión busca una ayuda al cocontratante para que éste no interrumpa el cumplimiento de sus obligaciones, y si aquél debe actuar como un colaborador de la administración pública, este requisito es de importancia trascendental, pues da razón a ese apoyo económico. La imprevisión, en consecuencia, impone la obligación de continuar con la ejecución del contrato, para abrir en favor del cocontratante particular el derecho a una indemnización.>>³

<<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...porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impositivos del fenómeno presentado.⁴

22.- Lo anterior es concordante con el distinto tratamiento de la *excepción de contrato no cumplido* en los contratos regidos por el derecho público, punto en el cual la jurisprudencia ha dicho que: <<la exceptio non adimpleti contractus *sí tiene cabida en la contratación administrativa, pero no con la amplitud que es de recibo*

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del veintiséis (26) de febrero de dos mil cuatro (2004)

Expediente N° 14.043. Magistrado ponente, Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del (10) de noviembre de dos mil cinco (2005). Radicación número: 14392. Ponente, Dr. Alir E. Hernández E.

en el derecho civil, pues se impone dejar a salvo el principio del interés público que informa el contrato administrativo. El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias económicas que se desprenden del incumplimiento de la administración se genere una RAZONABLE IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR para la parte que se allanare a cumplir, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado. No basta, pues, que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por sí y ante sí deje de cumplir con sus deberes jurídicos>> ⁵.

23.- En los contratos entre particulares, por el contrario, las partes obran en condiciones de *igualdad jurídica* por lo que no podría predicarse que una de ellas tenga la condición de *colaboradora* de la otra en los términos anteriormente señalados. Las partes están obligadas a cumplir sus obligaciones tal y como fueron pactadas: el Contratista a prestar el servicio o a ejecutar la obra, en las condiciones en las que se comprometió a hacerlo, y la Contratante a pagarle el precio establecido en el contrato. Por tal razón, ante el advenimiento de circunstancias imprevisibles que hagan más oneroso el cumplimiento de obligaciones a cargo de cualquiera de las partes, las normas que rigen los contratos de los particulares consagran el derecho de solicitar la *revisión judicial* las condiciones pactadas, y disponen que tal *revisión* debe pedirse *antes* de ejecutar tales obligaciones; de accederse a ella, aplica para las prestaciones que se cumplan en el futuro.⁶ La parte demandada en este caso solo está obligada a pagar lo pactado en el contrato y ese pacto solo puede ser modificado por voluntad de las partes y excepcionalmente por disposición el Juez. Pero la fuente de su obligación sigue siendo lo establecido en el contrato y solo estará obligada a reparar perjuicios cuando incumpla; las normas privadas no establecen una obligación de reparar perjuicios por el incumplimiento de una de ellas de la obligación de *restablecimiento de la ecuación financiera del contrato* en la forma prevista en el estatuto de contratación pública.

24.- El sometimiento de los contratos de las empresas de servicios públicos al derecho privado implica considerar que las relaciones entre las partes en dichos contratos deben desarrollarse en condiciones de igualdad jurídica, sin que en ellos pueda considerarse que el Contratista tiene la condición de *colaborador* y que la

⁵Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 31 de enero de 1991, C.P. Julio César Uribe Acosta. Exp. 4739. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de junio de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 28729, citando: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del agosto 11 de 2011, C.P. Mauricio Fajardo Gómez Exp. 18.336.

⁶José Guillermo Castro anota que es <<claro que las prestaciones susceptibles de ser reajustadas o modificadas judicialmente serán aquellas que aún se encuentran pendientes esto es la de futuro cumplimiento a que la norma bajo estudio puntualmente se refiere y luego precisa que, << por supuesto la demanda de revisión deberá promoverse necesariamente con posterioridad a la configuración de las circunstancias y antes de que se extingan las prestaciones en exceso onerosas

>> (o.p. cit, p 57) Antonio Rocha agrega que <<la revisión por imprevisión establecida en el artículo 868 del Código de Comercio no es una herramienta de indemnización de perjuicios en el caso del incumplimiento de un contrato, sino todo lo contrario. Ella busca evitar el incumplimiento de las obligaciones que se han revelado excesivamente onerosas>> (Estudios de Obligaciones, p. 6). Esta condición evidentemente le resta posibilidades reales de aplicación porque implicaría suspender la ejecución de un contrato mientras se profiere la sentencia.

Contratante tenga la obligación de *restablecer* el equilibrio económico del contrato con el objeto de garantizar la continua prestación del servicio que esa empresa presta en el mercado en condiciones de libre competencia con otras.

25.- Entre particulares el derecho de *cualquiera* de las partes a solicitar la *revisión judicial* durante su ejecución está sujeto a los términos y condiciones previstos a los términos del artículo 868 del Código de Comercio, el cual textualmente dispone: *<<Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o⁷ imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.>>⁸.*

b.- La referencia para determinar la imprevisión y los criterios para establecerla.

26.- La Ley 80 de 1993 sujeta el nacimiento del derecho del Contratista al restablecimiento de la ecuación financiera, determinada a partir de la propuesta o del contrato, a la demostración de la ruptura de dicha ecuación por la ocurrencia de circunstancias *imprevistas* no imputables al Contratista. En efecto:

27.- El numeral 8º del artículo 4º, dispone que las entidades estatales: *<<Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa.>>*

28.- El numeral 1º del artículo 5º, que los contratistas: *<<Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato>>* y que *<<tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas...>>*

⁷ La doctrina ha advertido la existencia de un error en la impresión por el Diario Oficial de este artículo señalando que en vez de la conjunción <<o>> debió incluirse la <<e>>, lo que permite darle sentido al precepto. Un detallado estudio de este punto está desarrollado en el trabajo << De la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión a los contratos de mutuo financiero pactados en Upac>> del profesor José Guillermo Castro Ayala (p. 29 y s.s.)

⁸ << Se ha estimado que la revisión por la imprevisión también encuentra su fuente normativa n el artículo 2060 del Código Civil que dispone: <<2.- Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda.>> Esta norma también prevé la posibilidad de acudir al Juez durante la ejecución del contrato para que este modifique sus estipulaciones.

29.- En la misma dirección el artículo 27 establece que *<<en los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.>>*

30.- Acerca de la obligación a cargo de la entidad estatal Contratante de mantener el equilibrio de la ecuación financiera durante la ejecución del contrato, en los términos previstos al momento de formular la propuesta o al celebrarlo, que legitima al Contratista para reclamar los perjuicios derivados de su incumplimiento, la jurisprudencia ha dicho:

<<En materia de contratación administrativa, también ha sido reconocido de tiempo atrás el derecho de las partes a que las condiciones iniciales del negocio jurídico se mantengan a lo largo de la ejecución del contrato, especialmente teniendo en cuenta la finalidad que a través de esos negocios jurídicos de la Administración Pública se persigue y que corresponde directa o indirectamente a la prestación de un servicio público, o la satisfacción de un interés general, lo que hace que sea esencial la cumplida ejecución de los contratos, sin dejar de reconocer que en éstos, además, el contratista participa en calidad de colaborador de la Administración a través de la ejecución del respectivo contrato, debiendo acatar las indicaciones y disposiciones que la entidad contratante le impone en ejercicio de su poder de dirección...⁹

<<Por encima de los intereses particulares – puramente pecuniarios de las partes, se impone el interés general, que constituye el fin primario del contrato. Pues bien, realizado el contrato de esa empresa común, la exigencia de continuidad y regularidad de su prestación lleva consigo las siguientes tres consecuencias:

<<a.- Las obligaciones resultantes de él se extienden a todo lo que sea necesario para asegurar su adecuada prestación...

<<c.- La tercera consecuencia del principio de continuidad viene a compensar al contratista de la carga que suponen para él las otras dos y puede enunciarse así: Si por circunstancias posteriores la remuneración del servicio deviene notoriamente insuficiente, el principio de continuidad y permanencia del servicio justifica el que la Administración venga en su ayuda, en contra del principio de la intangibilidad de la remuneración pactada.>>¹⁰

31.- El derecho al restablecimiento del equilibrio del Contratista en la Ley 80 de 1993 no está fundamentado en la determinación de lo que las partes estaban en capacidad de prever al momento del contrato, o razonablemente previeron, sino en la alteración de la ecuación financiera con base en la cual el Contratista formuló su propuesta o celebró el contrato, porque la ruptura del equilibrio de esa ecuación (gastos superiores a los previstos o ingresos inferiores a los calculados) es lo que pone en riesgo la prestación continua y eficaz del servicio o la ejecución de la obra pública que constituye su objeto. La Ley 80 de 1993 se refiere al carácter

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del dieciocho (18) de septiembre de dos mil tres (2003), expediente No 15119. Ponente, Dr. Ramiro Saavedra B.

¹⁰ Gaspar Ariño OP. Cit. Pag. 225.

imprevisto de la situación que afecta el contrato, lo que atañe más a la circunstancia de que ella no haya sido considerada y regulada en el mismo; y desarrolla la obligación de *restablecimiento* como una obligación a cargo de la entidad Contratante.

32.- El hecho de que en el contrato privado resulte preponderante el peso que se otorga a la *voluntad de las partes* permite entender que allí sólo se admita la revisión judicial del pacto cuando el desequilibrio de las prestaciones es producido por una circunstancia que las mismas partes *no pudieron prever al momento de su celebración*. Y la exigencia de alteración de las *bases* del contrato indica que el referente para determinarla es la correlación entre las prestaciones que las mismas partes tuvieron en cuenta cuando celebraron el contrato: esa correlación es la que se tiene en cuenta como punto para solicitar la revisión o su terminación anticipada con fundamento en el artículo 868 del Código de Comercio.

33.- Mientras que en el contrato estatal la Contratante tiene la obligación de restablecer el equilibrio de la ecuación financiera calculada por el Contratista al momento de formular la propuesta o celebrar el contrato, y debe reparar los perjuicios cuando no cumpla tal obligación, en los contratos de derecho privado el referente para determinar la alteración es la correlación entre las prestaciones pactadas por las partes: si la circunstancia sobreviniente afecta esas *<<bases del contrato>>*¹¹, en las condiciones previstas en el artículo 868 del Código de Comercio, la parte a la que le corresponde cumplir la prestación que se ha convertido en excesivamente onerosa puede pedir su revisión. Las normas legales que regulan estos contratos no contemplan la obligación de reparar perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación a cargo de la Contratante de adoptar las medidas dirigidas a restablecer el equilibrio de la ecuación financiera del Contratista cuando esta se rompa por circunstancias sobrevinientes no imputables a ninguna de las partes.

34.- En los contratos entre particulares, el artículo 868 del Código de Comercio dispone que, cuando una de las partes acredite que han ocurrido circunstancias *“extraordinarias, imprevistas o imprevisibles”*, que hagan *excesivamente oneroso* el cumplimiento de las prestaciones, el juez, a solicitud de la parte afectada, pueda realizar los ajustes *que la equidad indique* o decretar la *terminación del contrato*.

<<Se trata de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad.... Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, debe establecerse con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente

¹¹ José Guillermo Castro a partir de lo expuesto por K. Larenz, señala que *<<las bases objetivas del contrato son aquellas circunstancias que habiendo sido plenamente conocidas por todos los contratantes se erigieron en los fundamentos tácitos sobre los que se celebró el contrato, esto es, que la declaración de voluntad de los contratantes se hizo depender de que esas circunstancias permanecieran en el tiempo... Una vez se han determinado las bases del negocio es absolutamente necesario hallar también cuáles son o eran si no fue posible alcanzarlos, los objetivos del negocio mismo >>* (O.p. cit. p. 85, 114)

podían hacerse al tiempo de contratar y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes amén de lo injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias.>>¹²

35.- La teoría de la imprevisión, en el caso de los contratos entre particulares, resulta excepcional porque si bien es cierto que la modificación imprevista de dichas circunstancias le genera perjuicios patrimoniales a una de ellas al cumplir el contrato en la forma en que originalmente se pactó, esos perjuicios no pueden trasladársele a la otra parte. La otra parte tiene derecho conforme con lo pactado, a exigir el cumplimiento de la prestación y sólo tiene la obligación de pagar el precio estipulado por ella. Por tal razón el juez, teniendo en cuenta la situación de las dos partes, puede disponer: (i) Los reajustes que la equidad indique, los cuales resultan procedentes cuando, por ejemplo, la circunstancia imprevista que hace excesivamente onerosa la prestación de una de las partes hace también excesivamente provechosa la contraprestación de la otra. (ii) La terminación anticipada del contrato, con lo que se dan por extinguidas, a partir de la decisión judicial, las obligaciones mutuas de las partes.

36.- La doctrina explica la diferencia de tratamiento de este punto en los contratos privados y en los estatales, de la siguiente manera:

<<Tener en cuenta la imprevisión de las partes del contrato, las cuales no habían previsto nada en éste con la finalidad de que se generara un aumento en el precio, conlleva a admitir el poder del juez para rehacer el contrato y, específicamente reevaluar el precio. Sin embargo, los tribunales judiciales ordinarios rechazan atribuir un poder como ese al juez, y las partes del contrato estarán ligadas por el precio inicialmente pactado hasta la expiración del término previsto para la ejecución del contrato. La razón para ello es, en primer lugar, que el contrato es una obra resultado de la voluntad y que la voluntad del juez no puede reemplazar a la voluntad de las partes. ...El mismo problema de la imprevisión se plantea en los contratos imperativos, los que son celebrados con personas morales de derecho público y que no están sometidos a las reglas del derecho privado. Ahora, en esta situación, las jurisdicciones administrativas admiten que el juez pueda rehacer el contrato ¿Es decir que en derecho público se hace prevalecer el imperativo de la justicia sobre el de seguridad? En realidad, hay otro imperativo, que no se halla en el derecho privado; es el de continuidad del servicio público en el interés general. Ese principio, en virtud del cual no debe haber suspensión en el funcionamiento de un servicio de interés general implica que, si es necesario, el Juez pueda rehacer el contrato>>¹³

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de mayo de 1938.

¹³ Christian Larroumet. Derecho Civil, Introducción al estudio del Derecho Privado. Editorial Legis, 2006.

c.- El mantenimiento de la conmutatividad del contrato en el que el tribunal fundó equivocadamente la obligación de la Contratante de restablecer la ecuación financiera del contrato

37.- El tribunal fundamentó la condena señalando que los contratos bilaterales debían ser conmutativos en el sentido de que las prestaciones de las partes debían ser equivalentes y que en ellos la Contratante tenía la obligación de <<preservar la conmutatividad del contrato>>. Señaló en sus consideraciones:

*<<Equilibrio económico del contrato. El contrato sub examine, se caracteriza por ser: (I) de tracto sucesivo, en la medida que este tipo de contrato supone la ejecución de prestaciones sucesivas durante un tiempo determinado; (II) Bilateral (artículo 1496 del Código Civil), dado que las partes se obligaron recíprocamente; (III) oneroso, en la medida que el contratista acude a la prestación del servicio, con un ánimo de lucro (Artículo 1497 del Código Civil), y que en general se pretende una utilidad tanto para el contratista, como para el contratante. Además, posee el carácter de (IV) conmutativo, contemplado en el artículo 1498 del Estatuto Civil, en la medida que cada una de las partes se obligar a dar o hacer algo, que **se observa como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, es decir, que se de equilibrio en la economía del contrato**, y que además, es no aleatorio, en tanto, que los resultados económicos están llamados a prosperar, se pueden apreciar con más o menos precisión desde el momento mismo de su perfeccionamiento.*

*<<Con base en lo anterior, en contratos bilaterales, onerosos, conmutativos y no aleatorios como el sub iudice, se puede afirmar, que desde un principio las partes tienen el derecho a pactar y conocer la utilidad que les podrá generar el negocio jurídico a celebrar, sobre la base de una equivalencia de prestaciones; de una parte, el contratante, que pretende la consecución de unos bienes y servicios que requiere para cumplir su objeto, y por otra, el contratista, con un interés en un beneficio económico o remuneración razonable en su favor, por lo que en ese preciso momento, que **se regula la economía del acuerdo en forma simétrica**, constituyéndose y pactándose entre las partes una ecuación financiera que deberá preservarse en su ejecución.*

De acuerdo al principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato, se busca la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de suerte que, a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.

*El principio del equilibrio **financiero del contrato**, señala que las prestaciones (derechos y obligaciones) asumidas por una parte se entienden como equivalentes a las de la otra parte y obliga a la adopción de medidas tendientes a garantizar que esa igualdad existente en términos económicos al tiempo de su celebración se conserve y permanezca intacta durante su ejecución, y a que se restablezca esa equivalencia en caso de su ruptura por circunstancias o causas sobrevinientes, imprevisibles e imputables o no a ellas.*

El principio del equilibrio financiero del contrato pretende garantizar el mantenimiento de la equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso; de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adopten las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio. Lo anterior está en consonancia con lo prescrito en el artículo 868 del Código de Comercio, así: ...

*<<Al momento de la celebración del contrato, contratante y contratista, valoran los beneficios y asumen determinados riesgos financieros **que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe mantenerse durante su cumplimiento**, sin que, en manera alguna, se trate de un equilibrio matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo, por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución.*

Por lo anterior, es claro el deber de soportar el riesgo normal propio de cualquier contrato, más no el que se asuman riesgos anormales que afecten ostensible, ente el equilibrio económico del contrato, ubicándolo a un punto de pérdida o incluso privándolo de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiese podido cumplirse en las condiciones tenidas en cuenta y convenidas originalmente.

Roto el equilibrio financiero del contrato, la consecuencia generada, es la de reparar daños producidos por actos o hechos extraordinarios e imprevisibles que se hayan presentado con posterioridad a su nacimiento, tal y como lo prescribe el Estatuto Civil en los artículos 1614 a 1616, así: ...>>

38.- De la definición de los contratos onerosos y conmutativos del artículo 1498 del Código Civil, de acuerdo con el cual en tales contratos <<cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez>>, no puede deducirse que en ellos deba existir un equilibrio objetivo entre las prestaciones de las partes; la falta de equivalencia en las prestaciones de un contrato bilateral y oneroso, solo genera su invalidez en los casos excepcionales en los cuales la ley consagra la nulidad por *lesión enorme*; y la revisión por imprevisión no atañe al equilibrio de las prestaciones pactadas, sino a lo ocurrido en la ejecución del contrato.¹⁴

39.- Es cierto que, a partir de lo acordado en el contrato puede deducirse una *correlación* entre las prestaciones pactadas y establecer qué fue lo que cada una de ellas consideró como remuneración *equivalente*; y a partir de allí determinar

¹⁴ <<La institución jurídicas de la imprevisión no tiene la finalidad de rectificar malos negocios ni la de subsanar errores comerciales o financieros de los contratantes su finalidad cierta es desterrar la iniquidad o injusticia surgida durante la ejecución del contrato por causas ajenas a las partes y que afecten directamente la finalidad u objetivo del negocio jurídico correspondiente>> (José Guillermo Castro A. op. cit. 111).

cuáles fueron las <<*bases del contrato*>> para saber si una de las partes tiene derecho a solicitar la revisión regulada en dicha norma, cuando se cumplan las condiciones en ella establecidas (circunstancias sobrevinientes imprevistas e imprevisibles, que hagan excesivamente onerosa la prestación del demandante). Eso es totalmente distinto a considerar que en un contrato regido por el derecho privado se deban pactar prestaciones equivalentes; que el Contratista tenga derecho a que tal equivalencia se mantenga durante toda la ejecución del contrato; y que la Contratante tenga la obligación correlativa de restablecerla cuando se rompa por causas no imputables a ninguna de las partes.

40.- De las definiciones de contrato *conmutativo y oneroso* del Código Civil no puede deducirse la existencia de la obligación de la Contratante de restablecer el equilibrio de la ecuación financiera del contrato durante su ejecución; y esa obligación tampoco puede deducirse de lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio.

d.- La determinación de los derechos del Contratista demandante a partir de la interpretación de las obligaciones pactadas en el contrato y de los perjuicios derivados de su ejecución

41.- El hecho de que en los contratos regidos por el derecho privado no se encuentre prevista la obligación de *restablecimiento de la ecuación financiera del contrato* no quiere decir que el Contratista no pueda reclamar perjuicios derivados del *incumplimiento* de las obligaciones de la Contratante, incluyendo su obligación legal de obrar de buena fe en la ejecución del contrato, punto en el cual debe tenerse en cuenta que las obligaciones pactadas deben ser interpretadas por el juez del Contrato verificando cuál fue su voluntad al celebrarlo.

42.- En lugar de acudir a la reparación automática por una circunstancia que de acuerdo con la demandante afectó la ecuación financiera de un contrato sometido al derecho privado, el juez debe determinar, a partir de la interpretación de sus estipulaciones, si tal circunstancia estaba prevista en el contrato, si se trataba de un riesgo previsto y asignado a una de las partes, y si el perjuicio reclamado por una parte puede imputarse al incumplimiento de la obligación de asumirlo por la otra.

43.- Solo cuando encuentre que se trata en realidad de una circunstancia no prevista en el contrato y en la distribución de las obligaciones y riesgos que establecieron las partes, debe considerar si es procedente dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 868, si las pretensiones de la demanda se refieren a las opciones allí consignadas.

44.- En esta tarea de interpretar la voluntad contractual el juez tiene mayor libertad que la que tiene cuando interpreta un texto legal, puesto que las normas le indican que debe estarse a esa voluntad más que a lo literal de las palabras; por tal razón, el juez debe tener en cuenta, entre otras cosas, lo ocurrido en la etapa precontractual y durante la ejecución del contrato: si la voluntad de las partes es lo que obliga, esa voluntad debe estar adecuadamente determinada.

45.- Después de que el artículo 1602 del Código Civil asimila la voluntad de las partes en el contrato a la ley, también dispone que:

- <<Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella>> (art. 1603).
- <<Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras>> (art. 1.618).
- <<El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.>> (art. 1621).
- <<Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte>> (art. 1622).
- <<Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda>> (art. 1623).
- <<No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.>> (art.1624)

46.- A partir de las normas anteriores, la jurisprudencia ha señalado que en la interpretación de los contratos prevalece el criterio *subjetivo* sobre el criterio *objetivo*¹⁵. Y en los contratos sometidos al derecho privado, en los cuales rige la

¹⁵ << La doctrina (local y foránea) y la jurisprudencia nacional reconocen que existe jerarquía entre los criterios de interpretación del contrato y, en esa medida, han señalado que el subjetivo prevalece sobre el objetivo, a partir de la idea de que el principio de la búsqueda de la real voluntad de los contratantes es fundamental dentro de la labor hermenéutica y que los demás principios y reglas son subsidiarios. >> (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de junio de 2018, expediente 40353)

regla de la consensualidad que también se deriva de la autonomía de la voluntad, en el sentido de que ella es suficiente para obligar, la interpretación del querer de las partes debe prevalecer incluso sobre lo estipulado, y puede deducirse de la forma como se ejecuta el contrato, pues su modificación no requiere las formalidades del contrato estatal.

47.- Las reglas legales de interpretación judicial del contrato le permiten al juez establecer el alcance de sus obligaciones a partir de los motivos determinantes de su celebración. La consideración de la causa del contrato como elemento determinante de su contenido obligacional es lo que hizo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Civil, desde el, 7 de octubre de 1938¹⁶, advirtiera, citando a Josserand, que *<<en todos los casos la determinación de la intención es esencial, puesto que ella influye y dirige a la naturaleza misma de la operación celebrada entre las partes; viene a ser ella la que le otorga un verdadero carácter a la relación jurídica; a imprimirle el matiz que sirve para calificar la voluntad de los contratantes>>*, para concluir que *<<en el campo del derecho civil, la intención se nos presenta como una medida para precisar el querer de las partes en orden a la determinación del fin inmediato vinculado a la voluntad contractual>>*, y que *<<hay que aceptar en el derecho moderno la noción jurídica de la causa ha dejado de ser abstracta e inoperante para actuar más bien en forma de instrumento que impone la equivalencia en las transacciones, como expresión de la justicia conmutativa.>>*

48.- Por último, en la determinación de la existencia de perjuicios a partir del incumplimiento de las obligaciones de las partes, el juez también debe considerar el deber constitucional de todas las personas de *<<respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios>>*¹⁷. Debe tener en cuenta que conforme con el artículo 871 del Código de Comercio *<<Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural>>*, y conforme con el artículo 830 del mismo ordenamiento *<<El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause>>*.

E.- El caso concreto

a.- El estudio de la reclamación a partir del examen de las obligaciones estipuladas en el contrato y de las legales que forman parte del mismo

49.- Si el Contratista estimaba que sufrió un daño por tener que pagar mayores costos de los previstos por el pago del transporte de los materiales de relleno, era legítimo reclamarlos fundándose en el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato y de las legales que se integran al mismo: (i) por considerar que, de acuerdo con lo pactado, la falta de respuesta de la Contratante

¹⁶ M.P. Fulgencio Lequerica Vélez

¹⁷ Artículo 95 de la C.P.

en relación con el precio del relleno implicaba la aceptación de un nuevo precio y por ende la modificación del contrato, punto al que se refieren las pretensiones principales de la demanda que fueron negadas en la primera instancia; (ii) por considerar que el precio que se pactó entre las partes por el valor de los materiales relleno <<en préstamo>> estaba condicionado a que el mismo se encontrara <<en la región>> y, al no haberse determinado el alcance de esta noción, ella debía interpretarse en la forma como la entendió el Contratista y (iii) por considerar que la Contratante violó su obligación de *obrar de buena fe* en la celebración y ejecución del contrato y lo indujo a proponer menores precios por este ítem.

50.- Para determinar lo anterior, resultaba esencial determinar –primero y antes de estudiar el problema a la luz de la teoría de la imprevisión– cuál era el contenido de las obligaciones de las partes, pues ello era lo que permitía establecer si el sobrecosto (o perjuicio patrimonial) que reclama el Contratista se produjo por el incumplimiento de una obligación a cargo de la Contratante. Era necesario establecer si, de acuerdo con el contrato, lo que produjo el perjuicio (o sobrecosto asumido) fue una circunstancia prevista en el contrato y si en el mismo estaba establecido quién debía asumirlo, pues la distribución de los *riesgos* en el contrato no es nada distinto que la previsión contractual de cuál de las partes *tiene la obligación* de asumir el pago de determinados costos si se presentan ciertas circunstancias previstas al momento de la celebración del contrato.

51.- En síntesis, debía determinarse:

- Si, a partir de lo estipulado en los documentos contractuales, puede deducirse que la voluntad de las partes consistió en establecer que la Contratante debía pagarle a la Contratista los sobrecostos que este tuviese que asumir, si se veía obligada a traer materiales de relleno de fuentes de abasto lejanos de la obra que, por razón de los costos del transporte, determinara que este ítem tenía un valor superior al pactado en el contrato a partir de la oferta del Contratista.
- Si cuando la Contratante hizo referencia a <<la región>> en el pliego de condiciones dio a entender que el precio que debían ofrecer los proponentes era el de los materiales que se encontraran en un área cercana a la obra e indujo al Contratista a cotizar este ítem por un precio inferior al que tuvo que pagar, y si a partir de lo anterior, debía inferirse que tales precios serían reajustados si los materiales debían ser adquiridos en un sitio por fuera del que el proponente considerara como <<la región>>. Y al negar luego su reconocimiento debía deducirse que la Contratante incumplió su obligación legal de *obrar de buena fe* en la *celebración y ejecución* del contrato.

b.- La contratante no incumplió sus obligaciones razón por la cual no era procedente condenarla a pagar los perjuicios reclamados por el Contratista

52.- En contra de lo concluido por el tribunal, a partir de lo estipulado en el contrato y de las pruebas obrantes en el expediente la Sala deduce que las partes previeron de manera expresa que los precios de los materiales podían incrementarse por la fuente donde debieran ser conseguidos, luego esta no era una circunstancia *imprevista* que pudiera manejarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 868 del Código de Comercio o del artículo 2060 del Código Civil, antes citados.

53.- Conforme con lo previsto en el pliego de condiciones, con lo pactado en el contrato, con la interpretación de sus estipulaciones, y con lo que puede deducirse de la forma en que lo ejecutaron, para la Sala es claro que el Contratista asumió el riesgo de pagar los costos por el transporte de los materiales de relleno y que la Contratante no contrajo la obligación de incrementar tales precios por ningún motivo.

54.- No puede inferirse que el precio pactado por tales materiales estaba sujeto o condicionado a que los mismos pudieran obtenerse de sitios cercanos al lugar de la obra; lo que sabía el contratista era que tales materiales debían reunir los requisitos establecidos en los documentos contractuales y que dichos requisitos serían controlados por los asesores de la Contratante y por ende estaban sujetos a su aprobación. El suministro de dichos materiales, que era una obligación a su cargo, implicaba calcular su valor, incluyendo el riesgo de su incremento por tener que conseguirlos en lugares no cercanos al sitio de la obra.

55.- La mención en los documentos contractuales relativa a *materiales de la región* no permite inferir que el precio pactado por ellos estuviera condicionado a que los materiales pudieran conseguirse en un área determinada por la cercanía al sitio de las obras: la mención de trabajar con rellenos de la región se introdujo simplemente para establecer que, cuando no se pudieran utilizar los materiales de relleno de los excavados en la propia obra, debían ser adquiridos por el Contratista fuera de ella, y se indicó entonces que debían ser adquiridos <<en la región>>.

c.- Lo ocurrido antes de la celebración del contrato

56.- Las pruebas de lo ocurrido antes de la celebración el contrato evidencia que la Contratante perseguía celebrarlo con precios unitarios no reajustables, para lo cual (i) estableció la obligación de lo proponentes de visitar el sitio de la obra y sus alrededores e informarse de toda las circunstancias necesarias para formular su oferta; (ii) precisó con toda claridad que no habría reajuste sobre los materiales de relleno ;(iii) contempló una etapa de aclaraciones de lo dispuesto en el pliego y (iv) indicó solamente un precio mínimo de ofertas admisibles, lo que permitía que los proponentes determinaran el valor de la obra teniendo en cuenta, entre otras cosas, el costo de los materiales.

57.- El contratista no solicitó ninguna aclaración a los pliegos, por lo que no resulta razonable que luego alegue que supuso que el precio de los materiales de relleno estaba sujeto a que pudiera adquirirlos dentro del área cercana a la obra que él

consideraba como <<de la región>>; ofreció realizar la obra por un precio muy inferior al ofrecido por los demás proponentes, con lo cual asumió el riesgo de ejecutarla por ese valor; y cuando comenzó a retrasarse en la ejecución del contrato y advirtió que la Contratante no le iba a pagar el mayor valor reclamado por el transporte de los materiales de lleno, comenzó a referirse a la incidencia de término <<región>> en los precios ofrecidos.

58.- En el capítulo 1.5. del pliego relativo a las condiciones generales del contrato, se estableció que las contratistas se obligarían a suministrar los materiales requeridos para las obras y a asumir los costos de éstos, incluyendo su transporte hasta el lugar de las obras:

<<1.5.6. Materiales

*Todos los materiales y elementos que se requieran para la construcción de las obras, con excepción de aquellos materiales y elementos específicos que sean suministrados por LA EADE y que se mencionen en las especificaciones, deberán ser suministrados por EL CONTRATISTA y todos los costos de adquisición, transporte, almacenamiento, utilización e instalación **deberán estar incluidos dentro de los diferentes precios unitarios o sumas globales estipulados para la construcción y fabricación de los diferentes ítems.** ...*

EL CONTRATISTA no podrá solicitar modificaciones en los precios unitarios, ni ampliaciones en el plazo de entrega de las obras, ni compensaciones distintas de los precios unitarios estipulados por motivo de la selección y adopción de la fuente de abasto.>>
[Resaltado fuera del texto]¹⁸

- En el capítulo 3 de los pliegos de condiciones, en el que se establecieron las especificaciones técnicas de las obras se abordó lo concerniente a los materiales de dichas actividades así:

<<El material para terraplén es el constituido por los materiales que se obtengan de las explanaciones en corte y excavaciones del proyecto, seleccionados de acuerdo con el Interventor, con exclusión de material orgánico y piedras mayores de 7.5 cm...

Si el volumen de material descrito anteriormente no es suficiente para completar el volumen de los terraplenes o no cumple con la especificación, EL CONTRATISTA deberá suministrar material procedente de préstamo que cumpla con la especificación y efectuará con él los llenos requeridos.>>¹⁹

- El estudio geotécnico, que hacía parte de los pliegos de condiciones (6.1.) indicaba que, para el lleno estructural del patio de transformadores y equipos, se utilizaría <<arenilla o **cualquier material de préstamo que se**

¹⁸ f. 175, C.3

¹⁹ Fl. 246, C.3

encuentre en la región y que sea adecuado para tal fin, previo visto bueno de esta oficina>>²⁰.

- Las disposiciones citadas del capítulo 3 de los pliegos de condiciones fueron modificadas mediante la Adenda 4, para establecer, en lo pertinente:

<<3.4.3.2.1. Materiales

Los materiales de terraplén deberán ser suministrados por EL CONTRATISTA, adquiridos de algún proveedor o explotados de alguna zona de préstamo aprobada por el Interventor. ...

<<3.4.6. Medida y Pago

(...)

*Para aquellos materiales, inherentes a los terraplenes, provenientes de zonas de préstamo o adquirido de algún proveedor, como arenilla, material granular para base, sub-base, material de filtro, etc., la unidad de medida y pago será el volumen en metros cúbicos (m3) colocado y compactado; **estos materiales incluirán los costos necesarios para cumplir completamente dicha actividad, tales como todos aquellos costos que se deriven por explotación o adquisición de materiales; acarreo, transporte, alquiler de equipo, utilización de herramientas, mano de obra, pruebas y ensayos, suministro, colocación, regada, conformación, compactación y nivelación, etc.**>>²¹ [Resaltado fuera del texto]*

59.- De lo estipulado en el pliego no puede inferirse que el valor de los materiales de relleno estuviera condicionado a que pudieran conseguirse en un sitio muy cercano a la obra de modo que su transporte no representara un costo significativo para el contratista. Por el contrario, era claro que a los Contratistas les correspondía hacerse cargo del costo del transporte de los materiales y que este ítem no sería reajustado teniendo en cuenta lo que debería pagarse por este concepto. Y como presupuesto de lo anterior, a los proponentes les correspondía cumplir con la carga de *inspección y verificación* previa del lugar de la obra para la elaboración de su propuesta, visitando el sitio de obras y sus alrededores e informándose de las circunstancias de transporte que pudieran tener incidencia para formular su propuesta, punto en el cual el pliego señalaba textualmente:

<< Será de responsabilidad de los Proponentes conocer el sitio de las obras y sus alrededores, por lo tanto, antes de presentar su propuesta, deberán investigar e informarse completamente de todas las circunstancias topográficas, climatológicas, de acceso y transporte y todos los demás aspectos que puedan influir o afectar el trabajo

²⁰ Fl. 653, C.3

²¹ fl. 446, C. 3

El hecho de que los Proponentes no se familiaricen debidamente con los detalles y condiciones bajo los cuales serán ejecutados los trabajos, no se considerará como excusa válida para posteriores reclamaciones... >>²²

60.- Si los proponentes tenían dudas sobre el alcance de esta obligación tenían la posibilidad de solicitar aclaraciones a la entidad contratante sobre las circunstancias que pudieran *afectar* la ejecución del Contrato, sus costos y plazos²³, y no está probado que hubiesen solicitado precisiones en este punto.

61.- La lectura integral de los pliegos de condiciones, y en particular de lo regulado en la Adenda 4, no permite inferir que se haya inducido a los proponentes a ofrecer un precio más bajo por los materiales de relleno, o que exista una ambigüedad de los pliegos al señalar que los materiales debían ser obtenidos en <<la región>>. La ubicación de la fuente de abasto de materiales no garantizaba el cumplimiento de las exigencias técnicas a las que se hizo mención más atrás y, en todo caso, la obtención de materiales en <<la región>> —con el alcance que le dieron los demandantes a dicha expresión— no invertía la responsabilidad del suministro de materiales con las condiciones técnicas previstas en el pliego (en cabeza de las contratistas), ni la obligación asociada a ella de definir la fuente de abasto.

62.- La modificación que introdujo la Adenda 4 sobre los materiales de las explanaciones en terraplén (numeral 3.4.3.2.1 de los pliegos de condiciones) apuntó a precisar que los materiales debían ser adquiridos de <<algún proveedor o explotados de alguna zona de préstamo aprobada por el interventor>>, sin especificar que el Contratista tuviera la obligación de adquirirlos en la región y mucho menos considerar que se refería a un área específica y a los precios del material si provenían de ella.

63.- La mención a la obtención de los materiales en la región prevista en los pliegos no tiene el alcance que le dieron las demandantes y que acogió el tribunal en la sentencia de primera instancia. En los pliegos de condiciones no se estableció que los materiales de relleno sólo pudieran extraerse de la región, ni mucho menos se indicó que el precio fijado por los mismos estaba condicionado a que pudieran encontrarse en ella. Lo que era claro y que no fue discutido por las partes era que los materiales debían cumplir los requisitos previstos en los pliegos.

64.- Tampoco puede entenderse que la expresión *región* tenga el entendimiento que le dio el *perito* ni de las anotaciones del comité de obra del 3 de marzo, medios de prueba en los cuales el tribunal fundamentó este reconocimiento.

65.- El dictamen practicado por solicitud de las demandantes por un ingeniero civil²⁴, a quien se le solicitó definir material de préstamo y determinar si una zona de 4 kilómetros corresponde a la definición técnica del término <<región>>, no

²² Ibid, numeral 1.3.4, f.167, C.3

²³ Ibid, 1.3.1, f.166, C.3

²⁴ Fls. 688 y ss., C.2

constituye prueba de la ambigüedad atribuida al pliego de condiciones sobre la utilización de este término ni de lo que, en el contexto de sus cláusulas, debía entenderse técnicamente como <<región>>.

66.- El perito basó sus conclusiones en (i) los documentos contractuales, (ii) los diccionarios de la Real Academia Española y *latino*, (iii) un artículo del Diario El Colombiano denominado <<Regiones y provincias>>, (iv) su entendimiento y (v) su experiencia como ingeniero. A partir de lo anterior, concluyó que *región* es <<la zona circundante de la obra>> y <<un área de aproximadamente 4 kilómetros de radio para los efectos de acarreo>>; agregó y que la EADE indujo en error a las contratistas si <<al abrir la licitación N. 177/97 tenía en mente para la expresión 'región' un significado diferente al que le damos los ingenieros>>.

67.- Para la Sala este medio de prueba no permite concluir que la voluntad de las partes fue sujetar el precio de los materiales de lleno al lugar donde pudieran conseguirse, a partir de la mención de la palabra *región*. Lo expresado en el dictamen corresponde a una conclusión basada en la íntima convicción del perito, al hacer referencia a fuentes que ni siquiera hacen parte de la especialidad científica sobre la cual se buscaba colaboración pericial. El perito no aclaró cuál era el rol que cumplía el término <<la región>> en la definición de los materiales para las explanaciones de terraplén, ni desarrolló la relación que podía existir entre dicho término y los demás requerimientos técnicos que se exigían en los pliegos para dichos materiales.

68.- En relación con los acuerdos a los que llegaron las partes en el comité de obra No. 3 (que es el otro criterio que usa el tribunal para definir <<región>>) se precisa que en dicho comité se estableció algo totalmente distinto. Se acordó que podría venderse la <<tierra negra>> que saliera de la obra; y en la medida en que ello no estaba previsto en el contrato, las partes establecieron alternativas para hacerlo y previeron dos posibilidades: que el comprador transportara la tierra o que lo hiciera el contratista, caso en el cual se determinaba un precio diferencial si la distancia era superior a 4 kilómetros.

En el comité de obra se lee:

<<Comité de Obra No. 3

8 Varios...

C. Otros

Ante la posibilidad de que la EADE (previa aprobación de Control Interno de la Empresa) vende la tierra negra proveniente de las explanaciones, el contratista acepta las siguientes alternativas:

8.1. Si es el contratista quien transporta el material y la distancia de acarreo es menor de 4 km, dicho transporte se pagará a los precios del contrato \$3793, pero si la distancia de acarreo es mayor de 4 km, el costo de sobreacarreo sería de \$769/m³ km.

8.2 Si es el posible comprador de la tierra negra quien transporte el material, el contratista lo acepta sin objeción alguna y simplemente del precio unitario de la propuesta se descontaría el componente relativo a transporte>>.

69.- De otra parte, en el pliego de condiciones se preveía un *precio mínimo* de las propuestas: se establecía el presupuesto oficial y se indicaba que serían rechazadas aquellas que fueran inferiores en un veinte por ciento (20%) al presupuesto oficial. El presupuesto oficial era de \$946.829.623, de modo que el valor mínimo a ofrecer era de **\$757.463.698**. Los proponentes podían competir con el precio, pero asumiendo el riesgo de cubrir los costos de la realización de las obras y previendo entre ellos el valor a pagar por los materiales de lleno. El demandante obtuvo la adjudicación del contrato ofreciendo un valor sensiblemente inferior al que propusieron los demás proponentes, lo cual muestra que asumió el riesgo de ejecutar por dicho valor la obra contratada.

70.- El valor de las ofertas presentadas en el proceso licitatorio, que fue adjudicado a la demandante que ofreció el menor precio, fue el siguiente, de acuerdo con lo indicado en la demanda:

PROPONENTE	VALOR
1. Consorcio Excavar S.A. y Obras y Terrenos Ltda.	\$757.463.698,44
2. U. Temporal S.L. Ingenieros Ltda. y Suárez y Arango Ltda.	\$803.164.778,01
3. Unión Temporal Trainco S.A. y Javier Rincón y Cia. Ltda.	\$855.854.752,03
4. Antioqueña de Contratistas Ltda.	\$861.641.884,75
5. Consorcio Antares e Ingeniería y Contratos Ltda.	\$864.431.490,00
6. Conconcreto S.A.	\$871.527.957,96
7. Pérez C. Cia Ltda.	\$878.845.058,20
8. U. Temporal Canalycon S.A. y Rafael Castaño Cia.	\$879.936.878,25
9. U. Temporal Darío Jaramillo Cia. Ltda. y José Elías Taborda	\$899.695.045,50
10. Diconci Ltda.	\$900.021.858,24
11. U. Temporal RPG Cia Ltda. y Electrogabinetes Ltda.	\$906.217.577,93

71.- Esta situación fue puesta de presente en el dictamen pericial que se practicó por solicitud de la parte actora:

<<Obsérvese que la mayor oferta la hizo la U. Temporal RPG cía. Ltda. y Electrogabinetes. por \$906.217.577,93, que es un 4.3% menor que el presupuesto oficial; y la del consorcio favorecido que fue de \$757.463.698,44 es un 20% menor que dicho presupuesto (...). Es más, si analizamos el monto del mayor costo de

materiales reclamado, que es de \$52.205.439, vemos que, si sumamos esta cifra a cada una de las propuestas, la menor quedaría en \$809.669.137, o sea un \$14,49% menos que la oficial; y la mayor quedaría en \$958.423.016,93, o sea un \$1,22% por encima de la cifra oficial...>>

72.- Tal y como lo señala el perito, el Contratista habría podido incluir el mayor precio de los materiales reclamado (\$52.205.439) y de todos modos su propuesta sería la más baja, lo que sí permite deducir que los demás proponentes tuvieron en cuenta este factor y a partir de la misma definieron el precio; o por lo menos permite deducir que el demandante claramente compitió, no solo ofreciendo un precio mucho más bajo que los demás proponentes, sino que le apostó a realizar la obra por el mínimo precio permitido en el pliego (\$757.463.698,44): no calculó el riesgo que implicaba formular tal propuesta, o decidió asumirlo.

d.- Lo pactado en el contrato

73.- Las partes celebraron el Contrato el **9 de enero de 1998** bajo la modalidad de <<precios unitarios fijos>> y pactaron en el mismo las mismas estipulaciones del pliego en relación con el punto de que tales precios no serían *reajustables*:

<<CLÁUSULA SEXTA. VALOR DEL CONTRATO. El presente es un contrato a precios unitarios firmes; es decir, no sujetos a ningún tipo de reajuste, por lo tanto, todos los riesgos inherentes a la ejecución de la obra serán a cargo de EL CONTRATISTA...

CLAÚSULA NOVENA. AJUSTE DE PRECIOS. Los precios unitarios pactados no serán reajustados>>

74.- Las partes también acordaron que el Contratista ejecutaría principalmente *obras ordinarias*, cuyos precios unitarios y cantidades estaban previstos en la respectiva lista²⁵ y que suscribirían una *cláusula adicional* para las modificaciones a las especificaciones técnicas que *influyeran* en los precios del Contrato²⁶. De este modo las cosas, el valor estimado del Contrato sería el de las *obras ordinarias* y sólo podría aumentar por cuenta de la ejecución de obras adicionales y obras extras o cambios en las especificaciones.

75.- El Contratista en su demanda no afirma si quiera que estas estipulaciones deban considerarse ineficaces por ser de naturaleza abusiva, sin que la Sala encuentre tampoco que su aplicación por la Contratante conlleve el incumplimiento de su obligación de obrar de buena fe en la ejecución del contrato (artículo 871 del Código de Comercio) o violar la prohibición de abusar el derecho (artículo 95 de la Constitución Política y 830 del Código de Comercio), para condenarla a pagar perjuicios por este motivo.

²⁵ Fl. 10, C.3

²⁶ Pliego de Condiciones, numeral 1.5.1, fl.169, C.3

76.- Esa estipulación es válida y corresponde a la economía de un contrato en el que la Contratante tiene el propósito de no discutir incrementos de precios unitarios en su desarrollo y el Contratista es quien determina el valor de la obra en su oferta; sabe que no habrá reajuste de precios por el lugar de las fuentes de abasto de los materiales; y contrae la obligación de conocer, antes de ofertar, el lugar de las obras y sus alrededores para enterarse de todas las circunstancias necesarias para hacerlo.

77.- En síntesis, la regulación sobre la forma de pago del contrato, y, en especial, lo relativo al precio de los materiales, fue un asunto previsto de manera particular y detallada por las partes, en cuanto estipularon que dichos materiales debían ser suministrados por las Contratistas, que estarían sujetos a la aprobación del interventor (para garantizar su idoneidad) y que se pagarían al precio previamente establecido *sin posibilidad de ajuste en consideración a la fuente de abasto*. Así las cosas, la negativa de la demandada a reconocer precios superiores a los pactados, más que constituir un incumplimiento contractual, fue una decisión legítima que se ajustaba a lo convenido en el Contrato.

e.- La ejecución del contrato

78.- El contratista al presentar su propuesta señaló:

<<Para seleccionar los materiales, el director residente presentará muestras al interventor y conjuntamente decidirán, si lo consideran necesario, el tipo de ensayos, y el laboratorio que los hará...

<<Inmediatamente se asigne la obra al consorcio, se determinarán las posibles fuentes de suministro de arenas y materiales pétreos, con el fin de enviar muestras a laboratorio, para determinar sus diferentes características y elaborar diseños de las mezclas. Estos resultados se presentarán a la interventoría al iniciar la obra, con el fin de definir conjuntamente proveedores. Definidos estos proveedores, el director residente procederá a entregar al almacenista, cantidades y fechas de suministros>>²⁷.

79.- Las partes celebraron el Contrato el **9 de enero de 1998** y Solingral (que era la firma asesora, tal y como se indicó en la demanda) envió una comunicación a la EADE el **19 de marzo de 1998**, con recomendaciones para la conformación de los llenos, las cuales fueron puestas en conocimiento del Contratista:

<<De acuerdo con nuestras conversaciones telefónicas recientes, nos permitimos ratificarle las recomendaciones suministradas para la conformación de los llenos de adecuación del terreno del proyecto en cuestión.

(...) en vista de que el material de préstamo empleado se encuentra muy húmedo y no permite alcanzar una densidad adecuada, se deberá efectuar el escarificado y mezcla de los 10 cm más superficiales de la primera capa ya dispuesta con un material mucho más arenoso y de plasticidad baja con el que deberá terminar de efectuarse todo el reemplazo.

²⁷ F. 848, C.3.

*Por otro lado, consecuentes con la situación anterior y luego de evaluar los resultados de los ensayos de laboratorio realizados **sobre este material de préstamo, se llega a que no es adecuado para utilizarlo en las otras áreas donde se tienen previstos llenos de adecuación.** En este sentido, conviene hacer énfasis que para estos llenos se requiere de un material granular no clasificado para las primeras capas (las que están sobre el lecho filtrante), y un material granular de muy buena especificación tipo “base granular” para la última capa (la más superficial)...>>²⁸*

80.- El **25 de marzo de 1998**, la EADE envió un oficio al Contratista una comunicación sobre el retraso bastante grave en la ejecución de las obras:

<<Vemos con gran preocupación que transcurrido el 30% (45 días) del plazo del contrato, apenas se haya ejecutado un 4% de la obra.>>²⁹

81.- El **1º de abril de 1998** el contratista respondió a la anterior comunicación y señaló que el referido retraso no le era imputable, sino que obedecía a las circunstancias relacionadas con los materiales para llenos; en contra de lo dicho en la propuesta, señaló que no estaba previsto que los materiales de lleno pudieran ser sometidos a exámenes de laboratorio y que había tenido en cuenta los precios de la región. Y a partir de este momento estructuró su reclamación exponiendo como premisa que de acuerdo con el pliego su obligación era suministrar llenos *de la región* y que para tal efecto era la Contratante la que debía tener en cuenta que dichos materiales se encontraban cerca de la obra:

<<En el pliego de condiciones se estableció en varios numerales del mismo, respecto a los materiales para llenos, la FACULTAD de que los proponentes al elaborar su propuesta, PUDIERAN ESCOGER UTILIZAR o bien “ARENILLA” o bien “MATERIAL DE PRÉSTAMO, DE LA REGIÓN”, numerales los cuales pasamos a precisar (...)

<<Debemos también precisar que en el estudio de suelos en NINGUNA PARTE del mismo se DEFINE NINGÚN TIPO DE ENSAYO DE LABORATORIO respecto a los materiales de lleno...

<<Es de suponer que si en el pliego tal alternativa al proponente es porque la Entidad contratante previamente a plasmar dicha opción, tenía estudios serios de que los materiales solicitados existían en LA REGIÓN y que SERVÍAN para cumplir la calidad exigida, ya que, para escoger tal opción, no se le exigía al proponente CONSTATAR PREVIAMENTE la existencia o no de los mismos en la zona. Tomando dicha información elaboramos nuestra propuesta de suministro de materiales de la zona; opción escogida que determinó lógicamente el costo de nuestra propuesta.

<<Una vez se inició el contrato, procedimos a realizar los ensayos de laboratorio, requeridos por la interventoría, basada en el pliego de condiciones; de canteras en producción existentes en el Municipio de La Ceja, las cuales tuvimos como base al

²⁸ Fl. 297, C.1

²⁹ Fl. 293, C.1

presentar nuestra propuesta, ya que el concepto “DE LA REGIÓN” establecido en el pliego, resultaba AMBIGUO e IMPRECISO, al no definir en forma PRECISA la zona que abarca el concepto de “REGIÓN”, la que según el diccionario Larousse, traduce porción de territorio determinada por caracteres geográficos, étnicos, lingüísticos y administrativos; ensayos que arrojaron que el material de préstamo de dicha región, no cumplía las especificaciones exigidas para los materiales de lleno en cuanto a ensayos de laboratorio.

<<Ante tal resultado hicimos ensayos de otras canteras en producción existentes en el CERCANO ORIENTE, concretamente en el Municipio de Rionegro, lo cual arrojó igual resultado que las tres anteriores.

(...)

<<Por tanto, al darse la opción al proponente de poder elegir realizar los llenos o en arenilla o en material de préstamo “DE LA REGIÓN”, facultad de elección que constituye un derecho adquirido por el proponente elegido, y al no existir según los ensayos realizados canteras en producción en la zona del Oriente cercano que llenen las calidades de los materiales exigidos para dichos llenos, como también al no precisarse en el pliego en forma cierta y clara la zona abarcada por el concepto de “La región”, se debe reconocer a la luz de las normas transcritas, que el pliego en su redacción fue IMPRECISO y AMBIGUO e indujo a ERROR a nuestra empresa, al contar con un suministro de materiales en la zona de influencia de la obra.

<<Debemos advertir entonces que en el caso de no encontrarse en la zona cercana a la obra un material idóneo para cumplir la calidad exigida quedaría como única opción recurrir a utilizar materiales provenientes de la ciudad de Medellín, lo que incrementaría el costo directo, por cambio en las condiciones iniciales tenidas por nuestra empresa al momento de presentar su propuesta, ya que su suministro acarrearía mayores costos por concepto de material y transporte de los mismos desde zonas lejas y totalmente ajenas a la zona de influencia de la obra.>>³⁰

82.- En respuesta a la anterior comunicación, la EADE envió un oficio el 15 de abril de 1998 en el cual señaló:

<<Con relación a las características de los materiales el numeral 3.4.3.2.1 del Pliego de Condiciones determina las condiciones técnicas del material a utilizar en los llenos de los terraplenes, determinándose unos parámetros que dichos materiales deben cumplir, tal como lo describe su oficio en asunto, además en el último párrafo, mismo numeral del Pliego de Condiciones dice: “Si el volumen de material descrito anteriormente no es suficiente para completar el volumen de los terraplenes o no cumple con la especificación, EL CONTRATISTA deberá suministrar material procedente de préstamo que cumpla con la especificación y efectuará con él los llenos requeridos”.

Aunque en el estudio de suelos no se definen ensayos de laboratorio para el material de lleno, las especificaciones en el numeral 3.4.3.2.1 definen expresamente y con claridad las características exigidas para el material.

³⁰ Fl. 429, C.1

(...)

El Pliego de Condiciones en el numeral 1.2.3 Modificaciones y Aclaraciones al Pliego de Condiciones, permitía al posible proponente solicitar aclaraciones antes de entregar su propuesta, además en el numeral 1.3.1 del Pliego de Condiciones dice: “Para la preparación de su propuesta el Proponente deberá examinar detallada y cuidadosamente todos los documentos de la licitación, allegar toda la información que considere necesaria, aclarar con LA EADE todos los puntos inciertos e inseguros e informarse cabalmente de todas las condiciones y circunstancias que puedan afectar en alguna forma la ejecución total del objeto de la licitación, sus costos y sus plazos”, por lo tanto es inaceptable para EADE que el Pliego de Condiciones lo haya inducido a un error en el momento de preparar su propuesta, tal como lo manifiesta en su comunicación en asunto.

El material que han llevado a la obra proviene del oriente cercano, específicamente del Municipio de Guarne y ha cumplido la especificación; dicho material fue presentado a la interventoría el día 21 de marzo y se autorizó su colocación el 24 de marzo, actividad que, según el cronograma vigente, debía iniciar el 9 de marzo...>>³¹

83.- Con comunicación del 17 de abril de 1998, el Contratista envió muestras de un nuevo material de rellenos para que fuera analizado por Solingral:

<<Con base en la reunión del día de ayer (...) atendiendo sus observaciones de utilizar material no clasificado en los llenos de la obra de la referencia, me permito poner a su consideración dos muestras que adjunto.>>.

84.- En comunicación del 22 de abril de 1998, la EADE ratificó la aprobación del material de la región y del mencionado por el Contratista en la comunicación anterior:

<<Con relación a su comunicación del 20 de abril (EADE 112241), en la cual presenta a nuestra consideración los materiales para conformar los llenos en la obra, le manifestamos lo siguiente:

El material denominado “arenilla” fue aprobado desde el 24 de marzo y el material de préstamo llamado en su comunicación “granular no clasificado” también se aprueba; luego puede colocar cualquiera de los dos materiales>>

85.- El 19 de mayo de 1998, EADE le envió al Contratista una nueva comunicación relacionada con el retraso de las obras:

<<Vemos con preocupación como el avance de los trabajos, desde nuestra última reunión hasta hoy, no corresponde a las necesidades contractuales,

³¹ Fl. 290, C.1

lo cual hace pensar en la posibilidad de una entrega tardía de la obra, con graves perjuicios económicos y técnicos para la empresa>>³²

86.- El Contratista respondió a la anterior comunicación el 20 de mayo de 1998, así:

<<El material utilizado para llenos en la región es el limo, debido a la existencia de buenas fuentes de suministro y sus propiedades que han permitido utilizarlo para reemplazos y llenos estructurales, en obras públicas y privadas, como alcantarillados, vías, urbanismos para vivienda e industria, etc.

El estudio de suelos al definir el material de lleno dice: “Se hará un lleno en arenilla o en cualquier material de préstamo que se encuentre en la región”.

Con base en lo anterior, realizamos el análisis de precios para la actividad, con material de préstamo limo de la región, lo cual es avalado por los favorables precios presentados, tanto en el material como su transporte:

Material de préstamo	m3	2050
Acarreo volqueta	m3	2563

El día 9 de marzo se comienzan los llenos en la caseta de control, con limo. Compactada la primera capa de 20 cms, se procede a hacer ensayos de campo, que dan como resultado que no se está cumpliendo con la densidad requerida, y se determinan los procedimientos para corregirla. Sin embargo, al comparar los resultados de las propiedades del material, con las establecidas por el diseñador en el pliego de condiciones “no tener un índice de plasticidad mayor del 15%, ni un límite líquido mayor del 40%, a menos que el Interventor indique algo diferente”; el material es rechazado por cuanto no cumplía la exigencia del límite líquido Inmediatamente, se aportaron nuevas muestras de limo, de diversas fuentes de la región obteniendo los siguientes resultados:

MUESTRA	LÍMITE LÍQUIDO	ÍNDICE PLÁSTICO
(...)		

En definitiva, las muestras de limo no cumplían con el límite líquido establecido.

Tratamos de consultar con la firma que elaboró el estudio de suelos, para que nos indicara el procedimiento para adecuar las propiedades físicas del limo a lo exigido o qué tipo de material de préstamo de la región podíamos utilizar, pero no fue posible contactar al Ingeniero Diego León Sánchez, quien a través de la Interventoría, nos solicitó canalizar nuestras preguntas por medio del Eade.

³² Fl. 288, C.1

El día 20 de marzo se nos informa que la muestra física y resultados de laboratorio, puestos a consideración de Solingral, no fueron aprobados para llenos.

Con el fin de seguir adelantando los trabajos, rápidamente procedimos a detectar otras fuentes de materiales en regiones distintas a la de la obra y es así como en el Municipio de Guarne se consiguió material arenilla (la cual a pesar de tener restricciones en los volúmenes de suministros, presenta la necesidad de dejarla secar varios días, además de que lógicamente generaba mayores costos a los tenidos en cuenta al momento de licitar por no estar en la región), que como medida temporal servía para continuar la actividad de llenos; el material se autorizó colocar el 24 de marzo.

(...)

Teniendo en cuenta lo expuesto es de vital importancia la determinación hecha en el pliego respecto a las fuentes de materiales y la región de su consecución, dado que dicha información tiene carácter de esencial por cuanto constituye uno de los componentes importantes, tenidos en cuenta por los proponentes para determinar los costos de su propuesta...

...información que de acuerdo a la responsabilidad legal de la entidad contratante, se tomó como CIERTA para la elaboración de la propuesta, y más teniendo en cuenta, que la investigación de la factibilidad técnica y económica de una fuente de materiales a utilizar, demanda como mínimo un término de CUATRO (4) MESES como lo demuestra el cuadro anexo a la presente, es de lógica suponer que dicha exigencia es de imposible cumplimiento para los proponentes realizar dentro del corto tiempo que duró el proceso licitatorio respecto a la licitación pública No. 177 el cual fue aproximadamente un (1) mes, fuera de los costos que la misma implica...>>³³

87.- Frente a la comunicación anterior, la EADE respondió mediante oficio del 1º de junio de 1998:

<<...El material de préstamo tiene unas características muy precisas, definidas en el Pliego de Condiciones: Límite líquido no mayor de 40% e índice de plasticidad no mayor de 15%.

El primer material de préstamo que cumplió con la especificación referida fue presentado el 21 de marzo y aprobado el 24 de marzo. El 17 de abril presentaron otro material que cumplió la especificación y se autorizó su colocación el 22 de abril.

Los planteamientos expuestos por Ustedes respecto al retraso en la conformación de los terraplenes no son justificables para EADE, sin embargo La Empresa está dispuesta a considerar otros argumentos con la

³³ Fl. 414, C.1

premisa de que cualquier ampliación que se concediere no implique ningún sobrecosto para EADE>>³⁴

88.- De las comunicaciones contractuales no se deduce que la Contratante hubiese aceptado modificar las condiciones del contrato y asumir los sobrecostos reclamados por el Contratista por el transporte de los materiales desde el municipio de Guarne. Es evidente que no existió discusión entre las partes en relación con que ese material era el adecuado y no el que presentó el Contratista al inicio de la obra. Pero es claro que la Contratante se sujetó a lo dispuesto en el pliego y en el contrato, sin que tal conducta pueda calificarse de mala fe, abusiva o violadora del principio de confianza legítima, puesto que nunca dio a entender que asumiría este costo.

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

III.- RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia del 23 de octubre de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, salvo en lo relativo a la resolución conforme con lo cual <<Se *DECLARA liquidado judicialmente el Contrato de Obra No. 5618 de 1998, suscrito entre EADE S.A. E.S.P. y el consorcio OBRAS Y TERRENOS LTDA. y EXCAVAR S.A.*>>, la cual se confirma en esta instancia. En su lugar y en todo lo demás, **NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: ABSTÉNGASE de condenar en costas.

TERCERO: DEVUELVA el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento, una vez ejecutoriada esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
Salva voto

Con firma electrónica
RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado
Aclara voto

³⁴ Fl. 287, C.1

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO ALBERTO MONTAÑA PLATA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D. C., diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 05001-23-31-000-2001-00321-01(47068)

Actor: OBRAS Y TERRENOS LTDA. Y OTROS

Demandado: EMPRESA ANTIOQUEÑA DE ENERGÍA S.A. E.S.P.

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
(SALVAMENTO DE VOTO)**

Salvamento de voto de Alberto Montaña Plata

Presento las razones por las cuales salvo el voto en la Sentencia de 10 de febrero de 2021, en la cual se revocó la decisión de primera instancia, salvo en lo relativo a la liquidación judicial del contrato de obra, y se negaron las demás pretensiones de la demanda. A mi juicio, en vez de denegar las pretensiones de la parte demandante, la Sala debió declarar la caducidad de estas y abstenerse de hacer un análisis de fondo sobre el caso.

Considero que la Sala no debió haber recurrido a las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública con el fin de suplir la voluntad de las partes en relación con la oportunidad para liquidar bilateralmente el contrato. No existe ninguna justificación de orden jurídico que justifique recurrir a la Ley 80 de 1993 a efectos de completar la voluntad de las partes en un contrato sometido a un régimen jurídico de derecho privado. Las normas de la contratación pública hacen parte de un subsistema jurídico distinto que es aplicable únicamente cuando el contrato en cuestión se encuentre dentro de su ámbito de aplicación.

Además de esta cuestión general, es importante advertir que la aplicación de normas para suplir la voluntad de las partes procede, lógicamente, solo

cuando no exista una voluntad expresada en el contrato, lo que no ocurría en el caso que se decidió. En la cláusula vigésima novena sobre liquidación bilateral del contrato, las partes habían estipulado lo siguiente: "*una vez recibidas las obras, la EADE suscribirá con el contratista acta de finiquito*". Por tanto, la obligación de liquidación del contrato estaba sometida a condición suspensiva consistente en la recepción de las obras; luego, el término de caducidad debía contarse desde la entrega de las obras. Por los motivos anteriores, estimo que en el caso concreto había operado el fenómeno de la caducidad.

De otra parte, en la Sentencia se hicieron algunas afirmaciones sobre la imprevisión, los riesgos, y el contenido de los contratos privados y estatales de las cuales también debo apartarme.

La consideración más relevante sobre estas afirmaciones relativas a la imprevisión y el equilibrio económico es que eran absolutamente innecesarias y constituyen *obiter dicta* no vinculante como precedente jurisprudencial. En efecto, la decisión del caso concreto se adoptó con base en un análisis de riesgos, a partir del cual la Sala concluyó que "*el Contratista asumió el riesgo de pagar los costos por el transporte de los materiales de relleno*". En consecuencia, no era necesaria ninguna consideración relativa a la imprevisión; una causa de ruptura del equilibrio económico del contrato cuyo estudio procede, precisamente, cuando se está frente a un riesgo no asumido por alguna de las partes.

En el párrafo 31 de la sentencia se afirmó lo siguiente: "*el derecho del restablecimiento del equilibrio económico (...) no está fundamentado en la determinación de lo que las partes estaban en capacidad de prever al momento del contrato, o razonablemente previeron, sino en la alteración de la ecuación financiera*". Sin embargo, contrario a lo sostenido por la mayoría de la Sala, la teoría de la imprevisión como causa de ruptura del equilibrio económico de los contratos, no solo por su nombre sino también como concepto, está fundada justamente en la imprevisibilidad de los hechos que causan la afectación de la ecuación financiera. La afirmación trascrita, leída desprevenidamente, parece dar a entender que no es necesario analizar los riesgos previstos y asumidos por las partes al momento de estudiar la ruptura del equilibrio económico de un contrato; interpretación esta última que no puedo compartir pues el estudio del desequilibrio económico empieza, justamente, donde acaba el ámbito de las obligaciones derivadas de los riesgos asumidos por cada de unas las partes.

En adición, en los innecesarios apartes correspondientes a *obiter dicta*, se da a entender que el restablecimiento del equilibrio es una obligación contractual de la entidad demandada y que su reclamación por vía judicial no es la de restablecimiento, sino del pago de perjuicios causados por el incumplimiento de aquella. Es importante recordar que esta institución no

tiene naturaleza contractual, en el sentido de que nazca como consecuencia de la voluntad de las partes. Esto es una realidad desde su concepción en la jurisprudencia francesa, que le reconoció naturaleza *extracontractual*, así como durante toda su historia en derecho colombiano con origen jurisprudencial y posterior reconocimiento legislativo. Es por lo anterior que las partes solicitan del juez la declaratoria del rompimiento del equilibrio económico.

Sobre este asunto se destaca que, de aceptarse la tesis del *obiter*, la manera de calcular el restablecimiento sería diferente a como lo ha hecho siempre esta Corporación, pues, entre otras, una vez surgida la obligación, la entidad se encontraría en mora. Esto quiere decir que el juez debería reconocer todos los efectos derivados de la mora, y no simplemente ordenar el restablecimiento del equilibrio como lo ha hecho históricamente la jurisprudencia de esta corporación, y la de otros ordenamientos jurídicos donde se acepta la existencia de esta teoría.

De otra parte, es preciso resaltar que la sentencia hace, también a manera de *obiter dicta*, algunas afirmaciones que no comparto sobre las diferencias entre los contratos entre particulares y los contratos estatales. Se señaló: "*en los contratos entre particulares, por el contrario, las partes obran en condiciones de igualdad jurídica por lo que no podría predicarse que una de ellas tenga la condición de colaboradora de la otra*". Con esta afirmación se desconoce que también existen contratos estatales en los cuales las partes actúan en condiciones de igualdad jurídica, o contratos entre privados donde no es perfecta dicha igualdad. Ejemplo del primer caso son los contratos estatales sometidos a régimen de derecho privado y aquellos en los cuales, aunque sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, las entidades no pueden pactar las cláusulas excepcionales de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Sobre ello se afirma que, "*en lugar de acudir a la reparación automática por una circunstancia que de acuerdo con la demandante afectó la ecuación financiera de un contrato sometido al derecho privado, el juez debe determinar, a partir de la interpretación de sus estipulaciones, si tal circunstancia estaba prevista en el contrato, si se trataba de un riesgo previsto y asignado a una de las partes, y si el perjuicio reclamado por una parte puede imputarse al incumplimiento de la obligación de asumirlo por la otra*". Sobre estas afirmaciones es necesario indicar que, en los contratos estatales, no existe una "*reparación automática*" por cualquier circunstancia que "*de acuerdo con la demandante afectó la ecuación financiera*". También en los contratos estatales es obligación del juez, en todos los casos, interpretar el contrato y observar si la circunstancia ocurrida cabe dentro de las obligaciones de asumir algún riesgo, o si se trata de un evento que excedió la previsión de las partes. Lo contrario equivaldría a no aplicar o, peor aún, desconocer la asignación de riesgos pactada contractualmente.

ALBERTO MONTAÑA PLATA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO RAMIRO PAZOS GUERRERO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D. C., diez (10) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 05001-23-31-000-2001-00321-01(47068)

Actor: OBRAS Y TERRENOS LTDA. Y OTROS

Demandado: EMPRESA ANTIOQUEÑA DE ENERGÍA S.A. E.S.P.

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
(ACLARACIÓN DE VOTO)**

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque compartí lo finalmente decidido, aclaro que, a mi juicio, la revisión del contrato que habilita el artículo 868 del Código de Comercio, puede pedirse al juez no solamente durante la ejecución del contrato sino aún luego de ejecutado este, dentro del término de caducidad de la acción. Lo contrario implicaría castigar la conducta diligente del contratista que, pese a la afectación de su economía, decide no paralizar la ejecución contractual. Así las cosas, la revisión que la mencionada norma permite pedirle al juez no está sujeta a que el reclamo se efectúe en el momento mismo de la ejecución de la prestación o ítem excesivamente oneroso.

Así las cosas, el reclamo del demandante no era únicamente analizable bajo la óptica del incumplimiento contractual, como parece entenderse del párrafo 49 de la sentencia. El artículo 868 del Código de Comercio permitía analizar si, aún bajo la ejecución perfecta de las obligaciones a cargo de las partes, dicha ejecución generó una excesiva onerosidad para alguna de ellas. Sin embargo, acompañé la decisión adversa a las pretensiones porque la localización de la fuente para la obtención de los materiales no

correspondió a una situación imprevista para el contratista y, por el contrario, el riesgo de dicho costo y sus posibles fluctuaciones fue asumido por el contratista y debió ser conocido con suficiencia por él a presentar su propuesta, como lo explica con suficiencia la sentencia.

En los referidos términos dejo rendida mi aclaración.

Fecha *ut supra*,

Firma electrónica
RAMIRO PAZOS GUERRERO
MAGISTRADO