

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, nueve (9) de abril de dos mil quince (2015).

Radicación: 47001-23-31-000-1998-00984-01 (32.774)

Actor: CASTRO TCHERASSI Y OTRA

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS-

Proceso: Acción contractual

Asunto: Recurso de apelación

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 16 de noviembre de 2004 y el auto del 18 de agosto de 2005 por el cual se corrigió, proferidos por el Tribunal Contencioso Administrativo de Magdalena, mediante los cuales se acogieron las súplicas de la demanda, pues se declaró la ruptura del equilibrio económico del contrato, se condenó al demandado al pago de la suma de \$4.448'171.572,86, lo condenó en costas y ordenó la liquidación y pago de los intereses moratorios.

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido.

El 29 de septiembre de 1998¹ las sociedades **Castro Tcherassi y Compañía Ltda. y Equipo Universal y Cia. Ltda.** presentaron demanda contra el **Instituto Nacional de**

¹ Folios 5 a 31 del C. No. 1.



Expediente: 32.774
Acción Contractual
Recurso de Apelación

Vías – INVIAS – solicitando que se declarara la ruptura del equilibrio económico del contrato No. 650 de 1984 celebrado entre las partes y el de sus adicionales y modificatorios, originado en la alteración del valor de los precios unitarios inicialmente acordados.

Solicita como consecuencia de la anterior declaración, que se condene al demandado al pago de las sumas resultantes de la diferencia entre los precios ajustados con el IPC certificado por el DANE y los precios ajustados y pagados con la fórmula de reajuste prevista en el Parágrafo Tercero de la cláusula Décima Primera del contrato, debidamente indexadas y con los correspondientes intereses moratorios.

Pide también la condena en costas.

Estima la cuantía total del proceso en la suma equivalente a \$6.321'064.605.28.

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.

El 28 de diciembre de 1984 se celebró entre la sociedad **Castro Tcherassi y Cia. Ltda**, **Ramon Renowitzky Comas y Edgardo Navarro Vives** de una parte y el **Invias** de otra el contrato de obra No. 650 de 1984, por virtud del cual aquellos se obligaron en favor de éste a ejecutar por el sistema de precios unitarios las obras necesarias para la rehabilitación del Sector Plato- Bosconia, de la carretera El Carmen- Bosconia- Valledupar.

A través del parágrafo Tercero de la Cláusula Décimo Primera del contrato principal las partes convinieron una fórmula matemática para ajustar los precios unitarios teniendo como base el índice de costos de construcción de carreteras para los correspondientes grupos de obras y los índices fijados por el Invias para contrarrestar los efectos de la inflación.

Hasta el Acta de Obra No. 114 la fórmula pactada reflejó las alzas de los precios, la inflación interna y la devaluación de la moneda, pues desde el Acta No. 115 los índices a



los que se refería la fórmula matemática quedaron por debajo del índice de precios fijado por el DANE.

El 11 de septiembre de 1995 se suscribió entre el señor Ramon Renowitzky Comas y la Sociedad Equipo Universal y Cia. Ltda. el contrato de Cesión No. 0991 de 1995, por virtud del cual aquel cedió en favor de ésta todos los derechos y las obligaciones contraídas con ocasión del contrato No. 650 de 1984.

El contrato principal se modificó y se adicionó en plazo y valor mediante la suscripción de 18 contratos adicionales.

En todos y cada uno de los contratos referidos se mantuvo la misma fórmula matemática de ajustes sin que los contratistas formularan reparo o reclamación alguna frente a ésta.

Esta situación se ha mantenido durante toda la ejecución de la obra causando una pérdida considerable al contratista mientras que INVÍAS se ha lucrado con ella.

Estima la cuantía total del proceso en la suma equivalente a \$6.321'064.605,28.

3. El trámite procesal.

Admitida que fue la demanda y noticiado del demandado del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y el accionado le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad ésta que sólo fue aprovechada por las partes.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Mediante la sentencia del 16 de noviembre de 2004 y el auto del 18 de agosto de 2005 por el cual se corrigió, el Tribunal Contencioso Administrativo del



*Expediente: 32.774
Acción Contractual
Recurso de Apelación*

Magdalena declaró la ruptura del equilibrio económico del contrato, condenó al demandado al pago de la suma de \$4.448'171.572,86, lo condenó en costas y ordenó la liquidación y pago de los intereses moratorios.

Para tomar estas decisiones el Tribunal expuso las siguientes razones:

Inicia su argumentación el Tribunal señalando que en el presente asunto debía analizarse si mediante el cumplimiento exegético de las cláusulas acordadas en el contrato se vulneraban los derechos individuales de los contratistas, pues si bien debía garantizarse la prevalencia del interés general sobre el particular tampoco le estaba permitido al estado enriquecerse de forma injustificada para satisfacer sus intereses.

Dice que al declarar la ruptura de la ecuación financiera del contrato se estaría reconociendo la excepción de inconstitucionalidad y que si bien el contrato es ley para las partes, las cláusulas en el incorporadas no tienen una fuerza vinculante absoluta cuando con ellas se vulneran los derechos fundamentales de los contratistas.

Hace referencia a la fórmula matemática de ajustes convenida en el párrafo tercero de la cláusula Décimo Primera del contrato para luego concluir que ésta era insuficiente para mantener actualizados los precios inicialmente convenidos, circunstancia que se veía acreditada por medio de la prueba pericial allegada y los demás contratos celebrados por el Invias en los que se acordaron nuevas fórmulas de ajuste teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

Declara improcedente la objeción por error grave formulada frente a la prueba pericial rendida por el perito Carlos Polo Jiménez al estimar que las argumentaciones expuestas para ello no tenían ningún sustento técnico o jurídico y que contrario a lo que señalaba el demandado, la experticia no presentaba errores aritméticos ni fallas ni en la aplicación de las fórmulas matemáticas con las que el perito liquidó los ajustes.

Hace referencia al equilibrio económico del contrato para luego concluir que de la experticia allegada se encontraba plenamente acreditada la ruptura del equilibrio



*Expediente: 32.774
Acción Contractual
Recurso de Apelación*

económico del contrato con ocasión de la aplicación de la fórmula matemática convenida, pues ésta perdió vigencia y efectividad por la excesiva prolongación del plazo para la ejecución de las obras y por los factores ineficaces incluidos en ella para realizar los cálculos respectivos.

Trae a cuento la situación económica colombiana de los años 80 y 90 afirmando que el retroceso de la economía era un hecho totalmente imprevisible para los contratistas y que si bien la fórmula inicialmente pactada se convino para que fuera aplicada válidamente durante toda la ejecución del contrato, ésta sucumbió ante las circunstancias económicas referidas generándose con su aplicación la alegada ruptura del equilibrio económico del contrato.

Concluye señalando que en el presente asunto se encontraban más que demostradas las cuantiosas pérdidas sufridas por los contratistas y que si bien el demandado canceló sumas monumentales estas no cubrían la totalidad de las obras ejecutadas.

Con fundamento en los resultados plasmados en la prueba pericial, declara la ruptura del equilibrio económico del contrato No. 650 de 1984 y en consecuencia condena al demandado al pago de la suma equivalente a \$4.448'171.572,86 e impone costas a su cargo con fundamento en el artículo 392 del C.P.C.

Salvamento de Voto:

El Magistrado Adonay Ferrari Padilla salvó su voto frente a la decisión adoptada por la mayoría de la Sala al estimar que de las pruebas allegadas al plenario no se acreditó que el equilibrio económico del contrato se hubiera alterado en ningún momento, que si bien en su ejecución se presentaron circunstancias que dieron lugar a que su plazo inicial se extendiera considerablemente, también era cierto que las partes de mutuo acuerdo habían realizado revisiones periódicas de los precios inicialmente convenidos a fin de mantener el equilibrio económico del contrato.

Dice que dentro del plazo de ejecución del contrato los contratistas nunca alegaron la ruptura económica, actitud omisiva a partir de la cual se podía inferir razonablemente



*Expediente: 32.774
Acción Contractual
Recurso de Apelación*

que se encontraban conformes con la fórmula de ajuste de precios convenida, razón por la cual no podían ahora venir a alegar en sede contencioso administrativa la indemnización de perjuicios por una asunto que nunca discutieron en el curso de ejecución del contrato.

Trae a cuento algunas sentencias proferidas por la Sección Tercera de ésta Corporación relativas a las fórmulas de reajuste de precios y la posibilidad de los contratistas para reclamar los ajustes respectivos en el curso de ejecución del contrato, luego hace referencia a la pre-acta de conciliación prejudicial suscrita entre las partes², en la que las partes deciden conciliar sus diferencias hasta por la suma de \$733'989.670,58 y dan por terminado y liquidado definitivamente el contrato No. 650 de 1984 haciendo salvedad únicamente respecto de las sumas provenientes del impuesto de guerra y los intereses moratorios, para luego concluir que si bien no se encontraba demostrado que el acta referida fue formalizada, era evidente que las partes tenían una intención de señalar con claridad las únicas materias que se someterían a la decisión judicial.

Concluye señalando que en el evento en el cual se hubiera demostrado que la pre-acta de conciliación prejudicial se formalizó adecuadamente, la conclusión a la que hubiera arribado el cuerpo colegiado sería totalmente diversa.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto el apoderado de la parte demandada interpuso el recurso de apelación con fundamento en las siguientes razones:

Inicia su argumentación el recurrente señalando que el contratista tiene a su alcance todos los mecanismos para conocer, estudiar, calcular y proyectar las ganancias que obtendrá o las pérdidas en que incurrirá al celebrar un contrato con el estado y siempre puede manifestar su conformidad o inconformidad con las condiciones a contratar,

² Folios 232 y 233 del C. No. 2 de pruebas.



razones por las cuales no resultaba procedente que teniendo todas esas posibilidades y luego de presentar una oferta, celebrar un contrato y posteriormente liquidarlo sin realizar salvedades viniera ahora a reclamar en sede judicial el reconocimiento de unas sumas sin sustento legal técnico o económico para ello.

Dice que los contratistas al suscribir el contrato principal No. 650 de 1984 y sus adicionales aceptaron tanto las condiciones de ejecución del contrato como los mecanismos de pago y las fórmulas de reajuste convenidas para mantener actualizado el valor de los ítems contratados.

Señala que ni al momento de suscribir el contrato principal ni sus adicionales los contratistas manifestaron su inconformidad con la aplicación de la fórmula de ajustes convenida y que por el contrario siempre recibieron el valor de los ajustes sin realizar salvedad alguna al respecto, razón por la cual no podían ahora venir a reclamar en sede judicial el reconocimiento injustificado de unos dineros afectando con ello el principio de buena fé.

Aceptar la aplicación del IPC tal cómo lo solicitan las demandantes implicaría modificar la fórmula de ajuste inicialmente convenida y con ello el contrato sin que existiera una causa o motivo legal para ello.

Aplicar el IPC como mecanismo para ajustar el valor de las actas de obra resulta improcedente, pues se encuentra destinado a medir la variación de costos de los productos de la canasta familiar, más no la variación de costos en las obras públicas.

Afirma que de las pruebas allegadas se lograba acreditar que tanto en el contrato principal suscrito en 1984 como en sus adicionales las partes convinieron la misma fórmula de ajustes sin que los contratistas presentaran alguna observación o reclamación al respecto.

Dice que tanto a partir de la certificación suscrita por la parte financiera de la entidad donde se relacionan todas las partidas presupuestales para el pago del contrato



*Expediente: 32.774
Acción Contractual
Recurso de Apelación*

principal No. 650 de 1984 y de sus adicionales visible a folios 250 a 254, como la relación de pagos suscrita por el demandado el 8 de noviembre de 2002 para un total de \$60.754'768.249,55 visible a folios 278 a 279 del C. No. 1 se lograba acreditar que el Instituto Nacional de Vías cumplió con sus obligaciones de ajuste y pago oportuno de las actas de obra con fundamento en la fórmula de ajustes convenida y que no adeuda suma alguna a las contratistas.

Manifiesta que no existe el desequilibrio económico alegado, pues al analizar los precios de los ítems del contrato principal No. 650 de 1984 y de sus adicionales se encuentra que éstos tienen una correspondencia razonable con los precios ofrecidos por las sociedades contratistas para ejecutar el contrato y con los que se ofrecían en la actualidad en el mercado de la ingeniería nacional.

Precisa que los índices de ajustes acordados fueron favorables a las contratistas, pues si bien hasta diciembre de 1993 estos tuvieron un incremento proporcional al valor del dólar, en 1994 se incrementaron en un nivel superior al precio de éste, muy por encima de la devaluación.

Concluye señalando que de las pruebas allegadas las contratistas habían logrado demostrar que hubieran sufrido pérdida alguna en la ejecución del contrato que afectara su patrimonio ni que obligara al Invias a restablecer el alegado desequilibrio económico

Por último, hace referencia al inciso 2º del numeral primero del artículo 5º de la ley 80 de 1993 y a los artículos 1602 y 1618 del código civil conforme a los cuales el contrato es ley para las partes, para concluir que en el presente asunto no resultaba procedente que con posterioridad a la firma y terminación del contrato alguna de estas pretendiera desconocer las cláusulas pactadas en éste alegando un desequilibrio económico del contrato, más si se encontraba demostrado el pago de los ajustes por el Invias.

Con base en lo anterior, el apelante solicita que se acojan en su totalidad los argumentos expuestos por el magistrado Adonay Ferrari Padilla en su salvamento de



voto de primera y con fundamento en las pruebas allegadas se profiera un fallo denegatorio de las pretensiones de los demandantes.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público opina que debe revocarse la sentencia de primera instancia para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

Trae a cuento una sentencia proferida el 9 de junio de 2005, bajo el radicado No. 14.291 y otra proferida el 7 de diciembre de 2005 bajo el radicado 15003-96-07740 por la Sección Tercera de ésta Corporación relativas a la teoría del equilibrio económico del contrato y las causas de su ruptura, para luego precisar que si bien en el presente asunto la actora fundaba su pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en el hecho de que el indicador del IPC se hubiera aumentado en mayor proporción respecto de los índices del Invias, no demostró que esa circunstancia le generó pérdidas.

Las contratistas sólo acreditaron que si se le hubiera pagado con base en el IPC las sumas serían superiores a las que efectivamente se le cancelaron con base en los índices del Invias, lo cual resultaba insuficiente a la luz de la teoría de la imprevisión, cuya compensación sólo cobijaba las pérdidas sufridas más no las ganancias inferiores obtenidas.

Luego de hacer un recuento de las pruebas allegadas al plenario concluye que las pretensiones se encuentran destinadas al fracaso, pues la simple diferencia entre los resultados del índice del IPC y los índices acordados en el contrato para realizar los pagos no se constituye en un hecho suficiente para afirmar que se rompió el equilibrio económico del contrato.



*Expediente: 32.774
Acción Contractual
Recurso de Apelación*

Hace mención al artículo 86 del Decreto 222 de 1983 que prevé la posibilidad de que las partes puedan pactar revisiones periódicas de los precios acordados, para luego señalar que con base en esa disposición las partes acordaron una fórmula matemática con fundamento en la cual se liquidaron y cancelaron los ajustes, pero que ahora vienen a alegar que ésta sólo fue útil hasta el acta No. 114, pues desde febrero de 1995 el IPC se incrementó en mayores proporciones.

Si bien a través de la prueba pericial se logró demostrar que al aplicar el índice del IPC las sumas canceladas se incrementaban, éste hecho no era suficiente para concluir que el equilibrio económico del contrato se había roto, pues no se demostró que éste hubiera afectado de forma grave la economía del contrato o que el haber acordado otro índice diferente al IPC fuera ajeno a la voluntad de los contratantes o fuera imprevisible para éstas.

El aumento del IPC y la diferencia con la fórmula de ajustes pactada no es un hecho imputable a la entidad contratante, más teniendo en cuenta que la contratista no formuló reparo alguno frente a este ni al celebrar el contrato principal ni al suscribir sus adicionales, por lo que se entiende que era previsible para ambas partes.

En lo que tiene que ver con la conclusión a la que arribó el perito en la complementación del dictamen pericial rendido dice que no resulta vinculante, pues para concluir que efectivamente se presentó un desequilibrio económico del contrato resultaba necesario realizar un análisis y estudio de las diversas condiciones de cada caso en particular, tarea ésta que no le compete al auxiliar judicial.

Por otro tanto, consideró el Ministerio Público que al presente asunto no era aplicable el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil para condenar en costas al demandado como equivocadamente lo hizo el juez de instancia, pues en materia contencioso administrativa rigen reglas especiales, luego si el Tribunal no realizó consideración alguna respecto de la conducta del Invias no había lugar a que lo condenara en costas por el sólo hecho de haber sido la parte vencida en el proceso.



Por último, advierte que en el presente asunto no se presentó una conducta procesal temeraria o cuestionable por ninguna de las partes, razón por la cual si bien se imponía un fallo denegatorio de pretensiones, no había lugar a condenar en costas.

No advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada previas las siguientes.

V. CONSIDERACIONES.

1. En lo relativo a la fórmula de reajuste de precios como mecanismo para mantener la conmutatividad del contrato y el principio de buena fe, ya en anteriores oportunidades ésta Subsección había tenido la oportunidad de señalar que:

“Por averiguado se tiene que mediante el contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general.

Esta particularidad de la contratación estatal determina que la ejecución del objeto contractual sea un asunto vertebral y es por esto que la ley ha previsto diversos mecanismos que permiten conjurar factores o contingencias que puedan conducir a su paralización o inejecución.

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

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



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

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

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

Estos preceptos, a no dudarlo, consagran la buena fe objetiva que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte³, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia.

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

En consecuencia, si una parte, por ejemplo, pretende privilegiar su interés en detrimento de los intereses de la otra y alejándose de lo que en esencia se ha convenido, este comportamiento contradice ese deber de buena fe objetiva que debe imperar en las relaciones negociales⁴.

Luego, sí lo que ocurre en un determinado asunto es que una de las partes está inconforme con la fórmula de reajustes inicialmente convenida y nunca alega dicha situación en el curso de ejecución del contrato y posteriormente en sede contencioso administrativa pretende que se le indemnicen unos perjuicios derivados de la ruptura del equilibrio económico del contrato supuestamente ocasionada por la fórmula de reajuste con la que siempre se mostró de acuerdo vulnerando con ello lo acordado, ése

³ En este sentido cfr. M. L. NEME VILLARREAL. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva*. En Revista de derecho Privado. No. 17. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p.73. (Original de la sentencia que se cita).

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de junio de 2011, Exp. 18.836.



comportamiento es totalmente contrario al deber de buena fe que deben observar las partes contratantes en sus relaciones contractuales.

2. El principio del equilibrio económico del contrato hace que en los contratos estatales se predique una conmutatividad especialísima imponiendo a las partes contratantes que se mantengan las condiciones de igualdad o equivalencia de los derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o contratar, de forma tal que si esa igualdad se rompe por causas no imputables a la persona afectada, la parte culpable se encontrara obligada a restablecerla⁵.

De ésta forma, por medio de la institución a la que se alude no sólo se busca proteger el interés individual de las partes contratantes manteniendo las condiciones pactadas al momento de proponer o contratar sino que también busca proteger el interés general estableciendo diversos mecanismos mediante los cuales se mantenga una estabilidad financiera del contrato que permita el debido cumplimiento del objeto contractual, dentro de los cuales se encuentran las fórmulas de ajuste y reajuste de precios inicialmente convenidos.

Ahora bien, el equilibrio económico del contrato puede verse alterado por diversas circunstancias tales como hechos o actos imputables a la Administración o al contratista como partes del contrato, que configuren un incumplimiento de sus obligaciones, de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes.

Luego, sí lo que ocurre en un determinado caso es que con ocasión de la celebración de un contrato una de las partes contratantes solicita el restablecimiento de la ecuación económica que a su juicio se ha visto rota por la aplicación de la fórmula de ajuste de precios inicialmente convenida, en ésta hipótesis no sólo se debe acreditar que dicha fórmula efectivamente generó pérdidas considerables, sino también que dicha circunstancia era imprevisible e irresistible al momento de proponer o contratar y haberla alegado dentro de la oportunidad prevista para ello.

⁵ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “El Concepto del contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca, Coordinador, Título Libro: Temas Relevantes sobre los Contratos, Servicios y bienes públicos, Ed. Jurídica Venezolana, VI Congreso de Derecho Administrativo. Margarita 2014, Caracas 201, Págs. 301-440.



En efecto, si con ocasión de la aplicación de la fórmula de reajuste de precios inicialmente convenidos lo que se generaron fueron menores ingresos para una de las partes contratantes más no pérdidas en su contra, no es posible considerar en ésta hipótesis que lo que se generó fue una ruptura del equilibrio económico del contrato y que en consecuencia sea procedente su restablecimiento, pues este sólo resulta procedente en tanto se demuestre que la circunstancia que se alega alteró de forma grave y anormal la economía del contrato, que era imprevisible e irresistible y que fue alegada oportunamente.

2.1. En lo relativo a la ruptura del equilibrio económico del contrato y las condiciones de procedencia para su restablecimiento ésta Subsección ha señalado con precisión:

“(…) debe recordarse que en todos estos eventos que pueden dar lugar a una alteración del equilibrio económico del contrato es indispensable, para que se abra paso al restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que este es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

(…)

Pero además de la prueba de tales hechos es preciso, para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, que el factor de oportunidad no la haga improcedente.

(…)

(…)si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.

Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como ya se dijo y ahora se reitera, la buena fe contractual, que es la objetiva, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de



lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”⁶ (Se subraya).

En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración(sic) del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual”⁷.

3. En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación se tiene que el 28 de diciembre de 1984 se celebró entre la sociedad **Castro Tcherassi y Cia. Ltda, Ramon Renowitzky Comas y Edgardo Navarro Vives** de una parte y el **Invias** de otra el contrato de obra No. 650 de 1984, por virtud del cual aquellos se obligaron en favor de éste a ejecutar por el sistema de precios unitarios las obras necesarias para la rehabilitación del Sector Plato- Bosconia, de la carretera El Carmen- Bosconia- Valledupar (Fols. 105 a 120 del C. No. 3 de pruebas).

En la **Cláusula Tercera** de dicho contrato las partes convinieron como plazo de ejecución inicial del contrato el término de treinta (30) meses contados a partir de la fecha de su perfeccionamiento (Fol. 106 del C. No. 3 de pruebas).

Mediante **el párrafo Tercero de la Cláusula Décimo Primera** relativa a las actas de obra, avance sobre las materias primas, ajustes y pagos se acordó cómo fórmula de ajuste:

“El valor del acta por la obra ejecutada cada mes se ajustará para cada grupo de obra de acuerdo con la siguiente fórmula;

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de octubre de 2014, Exp: 24.809.



Expediente: 32.774
Acción Contractual
Recurso de Apelación

$PI = Po \times I/Io$.

En el cual los componentes de la fórmula tienen los siguientes significados:

PI = Valor ajustado del acta para cada grupo de obra.

Po = Valor básico del acta para cada grupo de obra, calculando según las cantidades de obra ejecutada a los precios unitarios consignados en la lista de cantidades de obra, Precios Unitarios y Valor Total de la propuesta.

I = Valor del "Índice de costos de construcción de carreteras" para el correspondiente grupo de obra.

El valor del índice será calculado por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte según lo establecido en las Propositiones Nos. 6757 y 6758 del 18 de agosto de 1965 de la Junta de Licitaciones, Contratos y Precios Unitarios y la Resolución No. 10001 del 26 de noviembre de 1976.

(...)

Elaborada oportunamente el acta mensual de obra y presentada la cuenta con el lleno de todos los requisitos, dentro del término previsto en el parágrafo Actas de obra de este contrato [3 días después de la elaboración del acta de obra] se ajustará aquella con el índice correspondiente al mes anterior a aquel en que se pague la obra ejecutada cuando está corresponda al menos a la cuota parte del programa de trabajo aprobado o se trate de obra ejecutada en forma adelantada. Cuando la obra ejecutada no corresponda al menos a dicha cuota parte, el índice de ajuste será el correspondiente al mes en que ha debido ejecutarse la obra de acuerdo con el programa de trabajo.

Los ajustes se consignarán en actas que suscribirán las partes, y EL FONDO VIAL se compromete a incluir las partidas necesarias para su pago en el proyecto anual de gastos.---

Si por alguna razón los índices de las fórmulas de ajuste no se obtienen oportunamente, los ajustes se podrán hacer con "Índices provisionales", los que mensualmente serán suministrados por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Cuando se obtengan los "Índices definitivos", se harán los ajustes correspondientes. EL CONSORCIO CONTRATISTA no podrá hacer reclamaciones por los resultados de los ajustes al aplicar los índices definitivos.---

Cuando el contrato entre en liquidación EL CONSORCIO CONTRATISTA puede aceptar la liquidación de los ajustes con los "índices provisionales", renunciando a cualquier reclamación posterior por éste concepto" (Fols. 111,111 vto. y 112 del C. No. 3 de pruebas).

El 11 de septiembre de 1995 se suscribió entre el señor Ramon Renowitzky Comas y la Sociedad Equipo Universal y Cia. Ltda. el contrato de Cesión No. 0991 de 1995, por virtud del cual aquel cedió en favor de ésta todos los derechos y las obligaciones contraídas con ocasión del contrato No. 650 de 1984 (Fols. 148 a 149 del C. No. 3).

El plazo inicialmente convenido se extendió a través de la suscripción de los contratos adicionales Nos. 680 de 1987 hasta el 30 de agosto de 1989 (Fols. 102 y 103 del C. No. 3 de pruebas); el No. 420 de 1989 hasta el 30 de agosto de 1990 (Fol. 158 del C. No. 1); el No. 073 de 1990 hasta el 28 de febrero de 1991 (Fols. 64 a 66 del C. No. 1); el No. 016 de 1991 hasta el 28 de febrero de 1992 (Fols. 67 a 68 del C. No. 1); el No. 008 de 1992



*Expediente: 32.774
Acción Contractual
Recurso de Apelación*

hasta el 20 de febrero de 1993 (Fols. 72 a 73 del C. No. 1); el 043 de 1993 hasta el 20 de febrero de 1994 (Fols. 77 a 78 del C. No. 1); el No. 011 de 1994 hasta el 20 de febrero de 1995 (Fols. 83 a 85 del C. No. 1); el No. 422 de 1994 hasta el 28 de mayo de 1996 (Fols. 89 a 91 del C. No. 1); el No. 880 de 1995 hasta el 30 de marzo de 1997 (Fols. 92 al 95 del C. No. 1); el No. 650-16-84 hasta el 30 de octubre de 1997 (Fols. 102 103 del C. No. 1); y el No. 650-17-84 hasta 30 de marzo de 1999 (Fols. 104 a 105 del C. No. 1).

Pero además de prorrogarse los plazos, se adicionó su valor por medio de la suscripción de los contratos No. 160 de 1991 (Fols. 67 a 90 del C. No. 1); No. 128 de 1992 (Fols. 74 a 76 del C. No. 1); No. 097 de 1993 (Fols. 78 a 82 del C. No. 1); No. 013 de 1994 (Fols. 86 a 88 del C. No. 1); el No. 650-14-84 de 1996 (Fols. 96 a 98 del C. No. 1); No. 650-15-84 (Fols. 99 a 101 del C. No. 1); y el No. 650-18-84 (Fols. 121 a 122 del C. No. 3).

Adicionalmente por medio de la suscripción del Otrosí del 13 de mayo de 1985 (Fols. 103 a 104 del C. No. 3) se modificó la cláusula vigésima primera del contrato principal; a través del contrato modificatorio del 10 de febrero de 1985 (Folios 27 a 30 del C. No. 1) se reformó la cláusula décima relativa al anticipo y mediante el Otrosí suscrito el 5 de junio de 1996 (Fols. 128 y 129 del C. No. 3) se modificó nuevamente la cláusula referida.

El 14 de julio de 2000 las partes suscribieron una preacta de conciliación prejudicial ante la Cámara de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Santa Marta, conciliando sus diferencias por un valor equivalente a \$733´989.670,58,

4. La demandante sostiene que a partir del Acta No. 115 la fórmula matemática estipulada empezó a reflejar sólo una parte de las alzas de los precios y de la devaluación monetaria, pues mientras se disminuían los valores del índice de precios que se tuvo como base para actualizar los precios, los valores del índice de precios al consumidor publicado y certificado por el DANE se incrementaba, razón por la cual los precios unitarios comenzaron a decrecer mientras que la prestación del contratista se mantuvo igual generándole pérdidas cuantiosas.



Sin embargo, no hay probanza alguna que demuestre que se presentó un incremento anormal de los insumos propios de la obra contratada, así como tampoco que la fórmula pactada resultó inane para contrarrestar los efectos de la inflación durante el plazo de ejecución del contrato, el cual se extendió por más de 11 años.

Tampoco se encuentra acreditado que el utilizar como base en la fórmula matemática acordada los índices de precios fijados por el Invias y no el índice de precios al consumidor certificado por el DANE les hubiera generado a los contratistas pérdidas económicas de tal magnitud que ocasionaran la alegada ruptura del equilibrio económico del contrato.

Si bien los contratistas demostraron haber percibido ingresos económicos inferiores a los que hubieran percibido al utilizar como base de actualización de los precios el IPC certificado por el DANE, estos no formularon reparo alguno al respecto a lo largo del extendido plazo de ejecución del contrato.

En efecto, la experticia que obra en el plenario se limita a comparar el valor de las actas de obra presentadas desde febrero de 1995 hasta marzo de 1999 aplicándole la fórmula pactada en contraposición con el valor que resultaría si se le aplicara el IPC certificado por DANE para el respectivo periodo, las fechas límites de pago y la fecha en que se realizó el pago efectivamente.

Pues bien, aunque de esa comparación emerge una diferencia de varios miles de millones de pesos, este resultado no es el producto de la estimación razonada de la variación anormal de los factores propios de la obra contratada y mucho menos puede tenerse como una opinión conclusiva de que la fórmula pactada resultó inoperante.

Así que entonces no hay demostración alguna de que hubo una alteración anormal y significativa de los valores de los insumos propios de la obra y que esa variación causó un impacto negativo en la ecuación financiera del contrato que no pudo contrarrestar la fórmula pactada.

Esta orfandad probatoria sobre estos aspectos esenciales determina la improsperidad de las pretensiones de la demanda tal como en su oportunidad lo consideró el Ministerio Público.



Adicionalmente para la Sala es claro que para que sea procedente el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, se encuentra en cabeza de quien lo pretende demostrar no solamente que la alteración económica del contrato es grave, que se sale de toda previsión y que no está comprendida dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contrato que deban ser asumidos por el contratista, sino también cumplir con el requisito de oportunidad, es decir debe presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades respectivas por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes, dentro de las oportunidades que en el ejercicio de la actividad contractual ha tenido para reestablecer el equilibrio económico que se ha visto roto, esto es, al momento de suscribir acuerdos como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc.

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

“En este horizonte, cada parte del negocio se hace responsable de aquello a lo que se compromete, y así mismo, mientras nuevas circunstancias no alteren el acuerdo, se considera que contiene en sí su propio reequilibrio financiero.”⁸

Pues bien, esto es lo que acontece en el asunto que ahora se somete a decisión, pues de las probanzas allegadas y que atrás se reseñaron, es evidente para la Sala que la demandante durante toda la ejecución del contrato procedió a convenir adiciones en plazo y valor mediante la suscripción de varios contratos adicionales, modificatorios y otrosíes, sin que en ninguno de ellos consignara reclamaciones, salvedades o manifestaciones de encontrarse inconforme con la fórmula matemática inicialmente convenida, ni mucho menos que su aplicación le estaba generando pérdidas

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 22087.



considerables, razón por la cual se considera que al momento de la suscripción de los documentos que contiene cada uno de esos actos los contratistas se encontraban conformes con la fórmula de reajuste convenida y que se restableció el equilibrio económico que pudiera estar alterado precedentemente, pues nada se dijo en contrario.

Siendo esto así, resulta evidéntísimo que las pretensiones formuladas por la accionante están destinadas al fracaso, pues los contratistas además de desplegar conductas totalmente contrarias al deber de buena fe que debe permear toda relación comercial, tampoco dieron cumplimiento a la oportunidad como requisito esencial para la procedencia del restablecimiento del equilibrio económico del contrato que se ha visto roto.

Y como así no lo vio y no lo decidió el Tribunal de primera instancia, la sentencia apelada deberá ser revocada para en su lugar denegar las pretensiones de restablecimiento del equilibrio económico del contrato No. 650 de 1984 y de sus adicionales y modificatorios.

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

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



*Expediente: 32.774
Acción Contractual
Recurso de Apelación*

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, la cual quedará así

1. **NEGAR** las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en el presente proveído.
2. **CONDENAR EN COSTAS** de ésta instancia a la parte demandante. Tásense.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de Origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente

F. A.



Expediente: 32.774
Acción Contractual
Recurso de Apelación