CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, cinco (5) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación:	**85001233300020120020201 (51018)**
Actor:	**MAQUINARIAS INGENIERIAS CONSTRUCCIÓN Y OBRAS MIKO S.A.S Y MEYAN S.A**
Demandado:	**DEPARTAMENTO DE CASANARE**
Proceso:	**ACCIÓN CONTRACTUAL**
Asunto:	**RECURSO DE APELACIÓN**

Contenido: Se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia, en el sentido que se condena en abstracto al pago de los ajustes de precios de las obras realizadas en el periodo transcurrido entre el contrato adicional y la entrega definitiva de la obra.- Alcance de la acción relativa a controversias contractuales- Alcance de la pretensión de incumplimiento.- Alcance del desequilibrio económico del contrato estatal- Elementos del desequilibrio económico del contrato. El contrato de obra.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 20 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Casanare, mediante la cual se resolvió:

> *"PRIMERO: **NEGAR** las pretensiones de la demanda incoada por MIKO S.A.S. Y MEYÁN S.A., contra el departamento de Casanare por lo señalado en la parte motiva.*
>
> *SEGUNDO: **NO CONDENAR** en costas.*
>
> *TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **ORDENAR** devolver al interesado el remanente de la suma que se ordenó cancelar para gastos ordinarios del proceso si la hubiere; dejar las constancias a que haya lugar y archivar el expediente.*

I. ANTECEDENTES

1. Lo pretendido

El 1º de agosto de 2012, el apoderado de las sociedades MAQUINARIA INGENIERÍA CONSTRUCCION Y OBRAS S.A.S- MIKO S.A.S, (antigua MIKO LTDA) y MEYÁN S.A presentó demanda[1], en la cual solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1. *"Se declare que el Departamento de Casanare incumplió el contrato No. 705 de 2007, de fecha noviembre 22 de 2007, celebrado con los integrantes del consorcio TAMARA, respecto al no reconocimiento de los reajustes de precios.*

2. *Se decrete el reconocimiento de reajuste de precios en la ejecución del contrato de obra pública No. 705 de 2007, a favor de los miembros del CONSORCIO TÁMARA, conformado por las sociedades comerciales MIKO S.A.S. y MEYAN S.A.*

3. *Que se condene al Departamento de Casanare a pagar a las sociedades conformadores del CONSORCIO TÁMARA, en el porcentaje que corresponde a cada una de las sociedades miembros en la participación en el contrato, que es del 50% para cada una, la suma de OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS CON 06/100 MONEDAD (sic) LEGAL ($851.472.374.06).*

4. *Se condene al DEPARTAMENTO DE CASANARE, a que sobre el anterior capital pague intereses legales a la tasa del 1% mensual, desde el 11 de agosto de 2010, fecha de liquidación del contrato, hasta que quede ejecutoriado el fallo, suma que deberá actualizar de conformidad con el artículo 4 de la Ley 80 de 1993.*

5. *Que la Sentencia surta los efectos que determina el artículo 192 del Nuevo C.C.A, Ley 1437 de 2011.*

6. *Se condene en costas a la demandada.*

- **2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones**

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda, la Sala los sintetiza así:

[1] Fls. 3 – 14 del C.1.

Las sociedades aquí demandantes se constituyeron como "CONSORCIO TÁMARA" para participar en el proceso licitatorio abierto por el Departamento del Casanare que tenía por objeto la "CONSTRUCCION PAVIMENTO FLEXIBLE VIA RECOSTON TAMARA DEPARTAMENTO DE CASANARE DESDE EL K24+632 AL K26+000 Y DEL K26+000 AL K33+904 MUNICIPIO DE TAMARA DEPARTAMENTO DE CASANARE"

Surtidas las etapas respectivas, el contrato fue adjudicado por la Gobernación del Departamento del Casanare al CONSORCIO TÁMARA, integrado por las sociedades aquí demandantes.

En consecuencia, la Gobernación del Departamento del Casanare y el CONSORCIO TÁMARA, celebraron el 22 de noviembre de 2007, el contrato de obra pública correspondiente, cuyo objeto fue adelantar la obra requerida en la licitación, por un valor de ONCE MIL CIENTO NOVENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO NOVENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS VEINTICUATRO PESOS CON VEINTISEIS CENTAVOS (11.199.191.424,26).

En la cláusula segunda que contenía el valor del contrato se estipuló que: "*En todo caso el valor final será aquel que resulte de multiplicar las cantidades realmente ejecutadas por los valores unitarios propuestos de conformidad con el cuadro de descripciones y cantidades que se relacionaron en dicha cláusula*"

Se estipuló también una fórmula para el ajuste de precios, la que fue incluida en la cláusula sexta del mismo contrato, en los siguientes términos: "*AJUSTE DE PRECIOS. Los precios serán actualizados para cada ítem cada doce meses, con base en la variación de los respectivos grupos ICCP, correspondiente al periodo comprendido entre la fecha de cierre de la licitación y los doce meses siguientes y así sucesivamente hasta el vencimiento del plazo del contrato*".

El término del contrato se estipuló en 10 meses, contados a partir de la suscripción del acta de iniciación de la obra, lo que ocurrió el 13 de diciembre de 2007. Después de varias suspensiones del contrato, a solicitud del CONSORCIO TÁMARA, las partes

celebraron, el 25 de agosto de 2009 otro SI ADICIONAL, en el que estipularon un plazo adicional de 7 meses y un valor adicional de $5.540.903.515,19, éste último, según lo afirmado en la demanda, sin reajuste de precios, porque el valor correspondió a los precios unitarios descritos en el presupuesto inicial de la obra.

Finalmente, el acta de terminación del contrato se suscribió el 14 de abril de 2010 y el acta de recibo final y a satisfacción de la obra contratada, fue suscrita por el interventor del contrato y por la Supervisora designada por le entidad contratante, el 13 de julio de 2010. En este último documento se dejó consignado que quedaba pendiente el reconocimiento de los ajustes de precios, conforme a la cláusula sexta del contrato.

Como consecuencia de dicha constancia, el interventor del contrato levantó un acta de actualización de precios, desde el 13 de diciembre de 2007 hasta el 14 de diciembre de 2010, concluyendo que por este valor la entidad contratante adeudaba al contratista la suma de $851.472.374.06.

Ante la negativa por parte del Departamento de Casanare de pagar la anterior suma de dinero, las partes agotaron el requisito de procedibilidad de la demanda, convocando audiencia de conciliación al Departamento, la que se declaró fallida el 12 de julio de 2012, según se afirma en la demanda, por falta de ánimo conciliatorio de la entidad territorial, quien manifiesta que no existen periodos susceptibles de aplicar la cláusula de reajustes, puesto que al suscribir el contrato adicional, las partes pactaron precios por los mismos valores del contrato inicial; por lo cual, no se pueden pretender variaciones ocurridas con anterioridad a la presentación de la nueva oferta.

3. El trámite procesal

Mediante auto del 4 de septiembre de 2012[2], el Tribunal Administrativo de Casanare admitió la demanda, una vez que constató que se habían subsanado las irregularidades advertidas. El auto admisorio de la demanda fue notificado al Ministerio Público y a la

[2] Fl. 158 del C.1.

Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado el 5 de septiembre del mismo año[3]; y al Departamento del Casanare el 12 de septiembre siguiente[4].

El 2 de octubre del 2012 el apoderado del Departamento de Casanare presentó escrito de contestación a la demanda[5], en el cual se opuso a todas las pretensiones, admitió unos hechos y negó otros. En el acápite que denominó "Fundamentación fáctica y jurídica de la defensa", afirma que no resulta aplicable la cláusula sexta del contrato, en cuanto ajuste de precios, pues entre el cierre de la licitación y la liquidación del contrato sólo transcurrieron 20 meses, descontados los periodos en que el mismo estuvo suspendido, de lo cual concluye que solo hubo un periodo de 12 meses, sucedido entre el 18 de octubre de 2007, fecha de cierre de la licitación y el 18 de octubre de 2008.

Se arguye, además, que las suspensiones y los plazos adicionales en el plazo original o durante las prórrogas del contrato, siempre fueron a solicitud del consorcio integrado por las compañías demandantes, según se afirma en la contestación, con el propósito de solicitar mayor actualización de precios.

Concluye el apoderado de la entidad demandada con el siguiente raciocinio:

" *Nótese que el contratista solicito(sic) el adicional por un valor de $5.540.903.515.19 y un plazo de siete (7) meses, luego los precios los proponía él y la administración le aprobó este adicional en las condiciones fijadas por el(sic) mismo en su propuesta y al no actualizar los precios estaba tácitamente renunciando a la cláusula sexta del contrato, luego pretender después solicitar una actualización de precios por un valor(sic) $851.472.374.06 resulta un contrasentido y solo se vislumbra es un injurídico ánimo de lucro*".

En el acápite de las excepciones de mérito propuso la que denominó "Invalidez del acta de actualización de precios", la que hace consistir en que dicha acta no fue suscrita por la supervisora que el Departamento había designado para el contrato, también por que

---

[3] Fl. 159 y 160 C.1.
[4] Fls. 169-174 del C.1.
[5] Fls. 1117 – 1126 del C.1.

no se sabe la fecha en que fue suscrita; y, finalmente, por que no expresa la fórmula que se utilizó para obtener la cifra que se presentó como actualización de los precios.

Una vez adelantadas la audiencia inicial y la audiencia de pruebas, mediante auto del 15 de enero de 2014, el Tribunal Administrativo del Casanare corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y se rindiera concepto, respectivamente, oportunidad que solo fue utilizada por las partes.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 20 de marzo de 2014[6], el Tribunal Administrativo de Casanare resolvió, negar las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su decisión expuso que el acta de actualización de costos está suscrita únicamente por el interventor, sin que esté probado que estuviere facultado por la entidad para hacerlo; que en dicho documento no se incluyó la fórmula de cálculo de la actualización de costos; que no era procedente la aplicación de la cláusula sexta del contrato, puesto que no había transcurrido un periodo de doce meses; y que el contratista no elaboró la programación de obras a ejecutar, lo que, a juicio del a quo, hace imposible saber si fueron cumplidas en tiempo; y finalmente, se pone de presente en el fallo objeto de este recurso de apelación, que las obras no fueron entregadas en el tiempo previsto en el contrato y que las suspensiones obedecieron a errores netamente administrativos.

Con base en los anteriores argumentos el Tribunal consignó:

> "*A titulo de conclusión este Tribunal debe señalar que el estatuto contractual vigente prevé que las partes, de común acuerdo, o el juez en su oportunidad, deben restablecer el equilibrio económico del contrato cuando lo encuentre roto, pero en el presente caso no hay elementos de juicio para tomar esa determinación por las razones anteriormente consignadas*"

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto, el 8 de abril del 2014[7], la parte demandante interpuso el recurso de apelación, el cual fue concedido por el Tribunal Administrativo de Casanare en auto

[6] Fls. 305 – 316 del C.ppal.
[7] Fls. 318-325 del C.ppal.

del 21 de abril siguiente[8]. En el escrito de sustentación del recurso la parte actora fundamentó su inconformidad con el fallo en las siguientes razones: i) a propósito de la falta de prueba de que el interventor estuviera autorizado para elaborar la actualización de costos, indica que ello significa desconocer el seguimiento técnico y financiero que de suyo le corresponde a éste, y en últimas considera que exigir la firma del supervisor del contrato resulta de un excesivo formalismo. ii) En cuanto concierne a la no inclusión de la fórmula utilizada para llegar a las cifras indicadas, admite que es cierto, pero que las mismas si se encuentran en la demanda, y que este no es un requisito sine qua non del acta de ajuste de precios.

iii) En lo que atañe, a la ausencia de una programación de obra, la admite, pero niega que esta carencia impida demostrar el cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones teniendo en cuenta que sí se aportan las distintas actas de suspensión y reiniciación del contrato. iv) Sobre las causas se suspensión acusa al Tribunal de haberse detenido únicamente en las causas que se tuvieron para la primera suspensión, sin observar que las causas invocadas en las siguientes, respondían a hechos constitutivos de fuerza mayor, tales como el deslizamiento del terreno. V) Finalmente, sostiene que no es cierto que la adición en valor del contrato por $5.540.903.515.19 contenía los valores de los ajustes, pues tal adición se hizo para culminar el kilometraje del trayecto pavimentado no para efectuar el reconocimiento de tales ajustes.

En proveído del 16 de junio de 2014, esta Corporación admitió el recurso concedido[9]; el 4 de mayo de 2015 se señaló fecha para llevar a cabo la audiencia de alegatos, la que se cumplió el 6 de julio siguiente y en ella las partes presentaron sus alegaciones finales y el Ministerio Público rindió concepto.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público solicita confirmar el fallo impugnado, con base en los siguientes argumentos. Señala el Procurador Delegado que en el caso concreto la parte

[8] Fl. 327 del C.ppal.
[9] Fl. 332 del C. ppal.

actora no demostró que tuviera derecho a los ajustes pretendidos, y de consiguiente tampoco demostró que el ente demandado hubiese incumplido el contrato 705 de 2007, al no dar aplicación a la cláusula sexta del mismo. Para sustentar este aserto examina los dos requisitos necesarios para aplicar el ajuste de precios, esto es, el elemento temporal, es decir, el transcurso de 12 meses acordado por las partes; y en segundo lugar, pasa a constatar si las obras fueron ejecutadas conforme al programa de la obra.

A propósito del primero de los requisitos concluye que existieron dos periodos de 12 meses, el primero de ellos entre la fecha en que se cerró la licitación, 18 de octubre de 2007, y el 18 de octubre de 2008; periodo durante el cual no se presentaron suspensiones, pero se adicionó el plazo del contrato en tres meses. El segundo periodo comprendido entre el 18 de octubre de 2008 y 18 de octubre de 2009, se vio afectado por diversas suspensiones; pero además, sostiene el Procurador Delegado, fue en este periodo en que se suscribieron los contratos adicionales en cuanto al objeto, precio y plazo. Respecto de este último periodo afirma que para efectos de la aplicación de la cláusula los 12 meses debían contarse a partir de la suscripción del contrato adicional, teniendo en cuenta que se adicionó el precio en una suma casi equivalente al 50% del precio inicialmente pactado.

En relación con la prueba del cumplimiento por parte del consorcio contratista, el Procurador Delegado advierte que, conforme al dictamen pericial rendido dentro del proceso, a la declaración de quien fue la supervisora del contrato y al manual de interventoría del Departamento; el interventor debía cuantificar las labores realizadas mensualmente y, de ser el caso, realizar los ajustes de precios por cada ítem, luego de lo cual debía remitir los informes al supervisor para su revisión y aval; y además, se destaca que la experticia también puso en evidencia que no se acreditaron las reprogramaciones de obra por cada acta, lo que impide determina si el contratista cumplía o incumplía con las actividades programadas. Conforme a esto, se concluye en el concepto del Ministerio Público, no se cumplió

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

V. CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta en el recurso de apelación[10], precisará el alcance de: (1) la acción relativa a controversias contractuales y su marco de pretensiones; (2) la pretensión de incumplimiento y sus vicisitudes; (3) el desequilibrio económico del contrato estatal; (4) elementos del desequilibrio económico (5) La necesidad de prueba idónea del vinculo ente la situación fáctica alegada y el desajuste o ruptura grave del equilibrio económico del contrato; (6) El concepto de liquidación del contrato; (7) El contrato de obra (8)Lo probado dentro del proceso. (9) Finalmente se hará el análisis del caso concreto.

1. Alcance de la acción relativa a controversias contractuales y su marco de pretensiones.

La de controversias contractuales, conforme lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no es una acción instituida en el contencioso administrativo con un contenido normativo único, por el contrario, de la lectura de dicho artículo fácil es deducir que se trata de una verdadera vía procesal de contenido pluripretensional, o lo que es lo mismo, que cobija toda la variedad de situaciones problemáticas que hipotéticamente pueden tener lugar en el ámbito de las relaciones contractuales. Sobre el particular es preciso recoger las siguientes precisiones teóricas y conceptuales:

> "…Profundizar en el concepto de una acción autónoma referente a las diversas controversias y litigios que se puedan presentar con ocasión de un contrato estatal es un asunto relativamente nuevo en la legislación contencioso administrativa y en el derecho de la contratación estatal colombiano. Históricamente las diferencias surgidas de los denominados contratos de la administración pública fueron materia atribuida por el legislador a la jurisdicción ordinaria, no obstante que desde los inicios del siglo pasado se comenzó, desde el punto de vista sustancial, a determinar un preciso régimen característico de aquellos contratos en los que el Estado o un ente público era parte de

[10] El problema jurídico propuesto. El objeto del Recurso interpuesto. Es preciso advertir que en el presente caso la Sala se encuentra ante un recurso de apelación único, lo que le impone los limites previstos por el artículo 328 del Código General del Proceso, que indica que en casos como este la competencia del superior se limita a los argumentos presentados por el apelante, sin perjuicio de los aspectos que pueda decretar de oficio. Del recurso interpuesto por el apoderado de la parte actora se derivan las siguientes cuestiones que deben ser resueltas por la Sala. El objeto de la acción relativa a controversias contractuales; Si en el caso concreto se verificó un incumplimiento del contrato por parte de la contratista demandante, que invocó la entidad demandada para declarar la caducidad del contrato; Si en el trámite de la declaratoria de caducidad se vulneró el debido proceso de la parte actora; Si se constata que existió el incumplimiento se ocupará de verificar si están probados los requisitos para declarar el desequilibrio económico del contrato, como lo pide en la pretensión subsidiaria y lo ratifica en el recurso de apelación la demandante.

dicha relación[11].

Es tan sólo con la entrada en vigencia del Decreto 528 de 1964 que las controversias contractuales de los entes territoriales y de los establecimientos públicos (según el Dcto. 3130 de 1968 también las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta), en especial aquellas provenientes de un contrato de derecho administrativo, pasaron a ser de conocimiento de la justicia contencioso administrativa, conservando la ordinaria competencia para el juzgamiento de todas aquellas derivadas de los denominados contratos de derecho privado de la administración, situación que perduró durante la vigencia de los decretos 150 de 1976 y 222 de 1983; en este último expresamente se determinaba en el artículo 17:

... la calificación de contratos administrativos determina que los litigios que de ellos surjan son del conocimiento de la justicia contenciosa administrativa; los que se susciten con ocasión de los contratos de derecho privado, serán de conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Parágrafo. No obstante la justicia contencioso administrativa conocerá también de los litigios derivados de los contratos de derecho privado en los que se hubiere pactado la cláusula de caducidad.

En la práctica el Decreto 222 de 1983 recogió lo expuesto en el Decreto 528 de 1964, agregándole el ingrediente jurisprudencial diferenciador de competencias, determinado por el Consejo de Estado durante la vigencia del primero de los decretos, según el cual la existencia de cláusula de caducidad habilitaba a la jurisdicción contencioso administrativa para asumir cualquier conflicto emanado del contrato de derecho privado en que se hubiere incorporado.

Con la vigencia de la Ley 80 de 1993, el problema de la jurisdicción competente para el conocimiento de los litigios contractuales cambió radicalmente. La nueva legislación, según la redacción de su artículo 32, con base en el principio del contrato único estatal, que rompía con la doble clasificación de contratos de derecho administrativo y de derecho privado, y considerando que contrato estatal era aquel en que una de las partes estaba integrada por cualquier entidad estatal, resolvió atribuir la competencia integral de todos ellos, en los eventos de litigios o controversias, a la jurisdicción contencioso administrativa. De manera expresa el artículo 75 del estatuto general de la contratación administrativa pública determinó que "el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa". La interpretación jurisprudencial de esta disposición ha sido amplia: a partir de ella no sólo han pasado a conocimiento de la justicia contencioso administrativa todos los litigios emanados de los contratos que durante la vigencia del Decreto 222 de 1983 nacieron como de derecho privado[12], sino que (…) se abría paso en la corporación la tesis jurídica según la cual

[11]No obstante las disposiciones especiales sobre algunos contratos como los de concesión, que desde el siglo XIX gozaban de normas especiales, es con el Código Fiscal Nacional (Ley 110 de 1912) que se incorpora al derecho nacional la figura de la licitación, que ya en algunos códigos fiscales y administrativos de los extintos Estados soberanos se habían desarrollado para la escogencia de contratistas para el Estado. Algunas otras disposiciones del siglo XX, como las leyes 153 de 1909, 61 de 1921, 106 de 1931, los decretos 2880 de 1959 y 64 de 1969 y las leyes 36 de 1966 y 150 de 1976, fueron diseñando un especial régimen sustancial para los contratos del Estado.

[12] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 23 de noviembre de 1995, exp. 11310, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ: "Después de entrar en vigencia la Ley 80 de 1993, no hay lugar a discutir la naturaleza del contrato celebrado por una entidad estatal, con miras a determinar la jurisdicción a la cual compete el juzgamiento de las

esta jurisdicción también conoce de los procesos ejecutivos surgidos de un contrato estatal.

Desde el punto de vista de los mecanismos procesales aplicables por la jurisdicción contencioso administrativa, debemos recordar que inicialmente todas las pretensiones de las relaciones contractuales se consideraron propias de la acción de plena jurisdicción, según los más clásicos planteamientos de la doctrina francesa[13]. Sin embargo, dentro de la concepción individualizadora de pretensiones como sustento de acciones autónomas que ha caracterizado el derecho contencioso administrativo colombiano, con la entrada en vigencia del Decreto 01 de 1984 se incorporaron en su artículo 87 las denominadas "acciones relativas a contratos", esto es, se agrupaban en un solo mecanismo procesal las diversas hipótesis de litigios propios del contrato. Esta disposición fue objeto de revisión por el legislador, quien a través del artículo 17 del Decreto 2309 de 1989 resolvió denominarlo "De las controversias contractuales", queriendo, al igual que en la norma modificada, integrar el más amplio y genérico espectro de situaciones generadoras de litigios, conflictos o controversias propias del contrato, su ejecución y liquidación. El artículo 32 de la Ley 446 de 1998 conservó la misma denominación y propósitos para esta acción.

En este sentido, una aproximación a la institución nos permite sostener que la acción referente a controversias contractuales o acción contractual desarrollada en el artículo 87 CCA es una acción, por regla general, de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional a través de la cual cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se orden su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan las demás declaraciones y condenaciones que sean pertinentes; así mismo, la nulidad de los actos administrativos contractuales y los restablecimientos a que haya lugar; como también las reparaciones e indemnizaciones relacionadas con los hechos, omisiones u operaciones propias de la ejecución del contrato.

De manera excepcional y conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el inciso 3.º del artículo 87 CCA, según las modificaciones introducidas por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, y el literal e artículo 136.10 CCA, conforme a las modificaciones aportadas por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción contractual eventualmente puede revestir las características de objetiva, a iniciativa de cualquiera de las partes de un contrato, el Ministerio Público, el tercero que acredite un interés directo, si la pretensión es la nulidad absoluta del contrato; de igual manera, cuando lo que se pretende es exclusivamente la simple nulidad de un acto administrativo contractual de carácter general."[14]

Súmese al anterior recuento el que bajo el contexto del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el legislador conservó las notas

---

controversias que de él se deriven. Basta con que el contrato haya sido celebrado por una entidad estatal, como en el caso que nos ocupa, para que el juzgamiento corresponda a esta jurisdicción, como expresamente lo dispone el artículo 75". El fundamento de estas apreciaciones lo obtiene la corporación en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que unificó en el concepto de contrato estatal todos los contratos del Estado, y en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que establece el carácter de aplicación indirecta de todas las normas que establezcan competencias.

[13] RIVERO. Derecho administrativo, cit., p. 232.

[14] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Contencioso Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 227-230.

características del medio de control de controversias contractuales, dando continuidad, con ello, al desarrollo histórico del que se ha dado cuenta en el texto en cita y que no es otra cosa que el de concebir bajo una misma vía procesal (de las controversias contractuales) la posibilidad de discutir ante el Juez Administrativo las diversas vicisitudes jurídicas que pueden originarse en una relación contractual[15].

2.- Alcance de la pretensión de incumplimiento y sus vicisitudes.

En armonía con lo que se viene de exponer conviene adentrarse en los elementos estructuradores de la pretensión de incumplimiento del contrato (uno de los pedimentos del accionante) ya que desde dicho marco jurídico conceptual es que se abordará, en el caso concreto, lo pedido.

Así, sobre la pretensión declarativa de incumplimiento del contrato estatal por una de las partes, se ha precisado lo siguiente:

> "El fundamento de esta pretensión radica en la denominada condición resolutoria tácita prevista en el artículo 1546 C. C., según la cual "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplimiento por uno de los contratantes de lo pactado". Puede, en estos casos, el contratante cumplido o quien se hubiere allanado a cumplir solicitar la terminación o resolución del contrato, o su cumplimiento, al igual que la indemnización consecuente de los perjuicios que se le hubieren causado con el incumplimiento. Para la Corte Suprema de Justicia, se trata de "sanciones destinadas a dotar las obligaciones de cualidad coercitiva"[16].
>
> En cuando al incumplimiento, nos encontramos ante una típica pretensión de reparación con ocasión de la no sujeción a lo pactado, por cualquiera de las partes del contrato. Implica una declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento consiguiente de las indemnizaciones correspondientes de acuerdo con lo pedido y demostrado por la parte que se crea lesionada por el presunto incumplimiento de la otra.
>
> Aunque el legislador admite que la administración actúe procesalmente como

---

[15] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.
Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.
El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.

[16] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de noviembre de 1964.

demandante o demandada, en estas hipótesis, por regla general, no puede actuar como demandante, en la medida en que cuenta con poderes excepcionales como el de caducidad que le permite declarar administrativamente esta situación contractual y proceder a la liquidación del contrato, o hacer uso de su poder de coacción y vigilancia, que le conceden los artículos 4.º y 14 de la Ley 80 de 1993, e incluso imponer multas cuando hubieren sido pactadas. Así mismo, (…), el contratista no podría constreñir judicialmente a la administración al cumplimiento de lo pactado, sino a la declaratoria de su responsabilidad como incumplida y a obtener las condenas correspondientes a su favor de acuerdo a lo demostrado, esto con fundamento en el texto del artículo 87 CCA.

La resolución[17] judicial del contrato por incumplimiento es considerada un modo de resolver los mismos: "estos son privados total o parcialmente de su eficacia, a causa del incumplimiento culposo de las obligaciones a cargo de una de las partes, si el contrato es bilateral [...] o del incumplimiento de la única parte obligada por el contrato unilateral"; en estos eventos se requiere de pronunciamiento judicial, que declare el incumplimiento y ordene la terminación o resolución del contrato[18].

Desde esta perspectiva, se han planteado varios elementos característicos de este tipo de pretensión dentro de la acción contractual: el primero hace referencia al incumplimiento culposo de las obligaciones contractuales por una de las partes o de la que resulte obligada si el contrato es de los calificados como unilaterales por el Código Civil, esto es, que a partir de criterios unilaterales una de las partes incurre en desconocimiento de sus obligaciones en perjuicio de la otra. Conlleva, por lo tanto, la mora del contratante demandado, o retardo culpable y renuente de una de las partes a cumplir lo pactado Sin embargo el carácter culposo en el incumplimiento excluye la procedencia de la pretensión en los casos en que la inejecución del contrato hubiere sido producida por situaciones riesgosas como el caso fortuito y la fuerza mayor.

Lo segundo se refiere a que no puede existir incumplimiento, ni culpa en el contratante actor, cuando la otra parte no ha cumplido lo que le corresponde, caso en el cual se estructura la figura legal de la excepción de contrato no cumplido a que hace relación el artículo 1609 C. C., evento ese en donde se supone, si se prueba el incumplimiento de la otra parte, la inexistencia de culpa en quien se abstiene de cumplir por esta causa[19].

La jurisprudencia contencioso administrativa ha acogido los trabajos de iusprivatistas en torno de la denominada *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido); no obstante, su aplicación se ha considerado atemperada por el principio del interés público o general, que conforme al artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 rige los contratos estatales. Según la tesis del Consejo de Estado, el principio del artículo 1609

---

[17] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 2 de octubre de 2003, exp. 14394, C. P.: MARÍA ELENA GÓMEZ GIRALDO: "Es importante destacar que aunque las partes dejaron suspendido indefinidamente el contrato de obra pública 123 de 1994 y no ha sido posible un acuerdo para continuar su ejecución, no procede la recisión del mismo con fundamento en el mutuo disenso tácito de las partes, porque ello no fue pedido, y como la recisión y la resolución son figuras jurídicas sustancialmente diferentes, una decisión en el sentido resultaría abiertamente incongruente. En efecto: el mutuo disenso del contrato conocido como recisión está fundado en lo dispuesto en los artículos 1602 y 1625 C. C.; consiste en la prerrogativa de la que son titulares las partes de un contrato para dejarlo sin efectos, mediante una manifestación expresa de voluntad o mediante conductas o comportamientos que se traducen en el desistimiento del negocio celebrado. Es por tanto una figura sustancialmente diferente a la resolución del contrato contemplada en el artículo 1546 C. C., si se tiene en cuenta que esta última figura se fundamenta en el incumplimiento de uno de los contratantes, en tanto que el mutuo disenso o recisión tiene fundamento en la voluntad expresa o tácita de los contratantes".

[18] GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA. Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos, Bogotá, Edit. Temis, 1994, p. 550. El artículo 1546 "abona la tesis doctrinaria de que la acción resolutoria es un derecho de los acreedores, tan principal como lo son la acción ejecutiva y la de indemnización de perjuicios".

[19] Ibíd., pp. 556 a 558.

C. C.[20] sería procedente en materia de contratos estatales única y exclusivamente cuando de "las consecuencias económicas que se desprendan del incumplimiento de la administración se genere una razón de 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"[21]. En todos los demás casos opera la regla general de que el contratista está obligado a cumplir las obligaciones, así se presente incumplimiento que no impida la ejecución. Esta posición ha sido reiterada en los últimos años y reconducida al cumplimiento de cuatro propósitos fundamentales para estructurar la excepción: que se trate de contratos sinalagmáticos; que el incumplimiento de la administración sea cierto y real; que tenga una gravedad ostensible y considerable que imposibilite el cumplimiento, y que quien la invoca no haya dado lugar al incumplimiento de la otra[22]. Si se demuestran estos presupuestos la administración perdería cualquier posibilidad de

---

[20] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 14 de septiembre de 2000, exp. 13530, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE: "No sucede lo mismo con la exceptio non adimpleti contractus, toda vez que ella, además de estar prevista en el ordenamiento jurídico (art. 1609 C. C.), es una regla de equidad en los contratos de los que se derivan obligaciones correlativas para ambas partes, aplicable en el ámbito de la contratación estatal por remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y sobre la cual la jurisprudencia de la Sala ha superado la resistencia de algunos doctrinantes [...] De tal manera que en el ordenamiento jurídico colombiano, con miras a conciliar la prevalencia del interés público o la continuidad del servicio público con el interés jurídico del particular, se admite la exceptio non adimpleti contractus en los contratos administrativos, pero no con el alcance general y absoluto que tiene en la contratación entre particulares, sino limitada exclusivamente a aquellos casos en que el incumplimiento imputable a la administración coloque al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones. En estas condiciones, es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de sus obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 C. N.), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual".

[21] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 31 de enero de 1991, exp. 5951, C. P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA

[22] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 2001, exp. 12722, C. P.: MARÍA ELENA GÓMEZ GIRALDO: "La exceptio non adimpleti contractus es una regla legal y de equidad que orienta los contratos que son fuente de obligaciones correlativas o sinalagmáticas [...] Por virtud de la excepción de contrato no cumplido la parte contratista está legitimada, legalmente, para no ejecutar sus obligaciones mientras su cocontratante no ejecute las propias [...] su aplicación está condicionada al cumplimiento de los siguientes supuestos: a. Que exista un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas; condición esta que se justifica porque 'La esencia de los contratos sinalagmáticos es la interdependencia de las obligaciones recíprocas'. Esto es, 'la obligación asumida por uno de los contratantes constituye la causa de la obligación impuesta al otro contratante, de donde se deduce que uno está obligado con el otro porque éste está obligado con el primero'. Y es la existencia de obligaciones recíprocas e interdependientes la que permite contemplar sanciones distintas de la condena a daños y perjuicios en caso de inejecución de sus obligaciones por uno de los contratantes. 'Admitir que uno de los contratantes está obligado a ejecutar, mientras que el otro no ejecuta, sería romper la interdependencia de las obligaciones que es la esencia del contrato sinalagmático', y por ello se autoriza la aplicación de prerrogativas como la resolución del contrato o la exceptio non adimpleti contractus; b. Que el no cumplimiento sea cierto y real de obligaciones a cargo de las dos partes contratantes, porque a nadie le es permitido escudarse en la excepción de contrato no cumplido con base en el supuesto de que la otra parte, posible o eventualmente, le va a incumplir en el futuro, si se tiene en cuenta que esta forma de incumplimiento conduce a un daño futuro meramente hipotético y por ende no indemnizable; c. Que el incumplimiento de la administración sea grave, determinante y de gran significación; debe traducirse en una razonable imposibilidad de cumplir para el contratista. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado que es legalmente procedente que el contratista alegue la excepción de contrato no cumplido y suspenda el cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando se configuren hechos graves imputables a la administración que le impidan razonablemente la ejecución del contrato. La doctrina ha considerado que estos casos pueden darse cuando no se paga oportunamente el anticipo al contratista para la iniciación de los trabajos, o se presenta un retardo injustificado y serio en el pago de las cuentas, o no se entregan los terrenos o materiales necesarios para ejecutar los trabajos. En cada caso concreto se deben valorar las circunstancias particulares para determinar si el contratista tiene derecho a suspender el cumplimiento de sus obligaciones y si su conducta se ajusta al principio general de la buena fe (art. 83 C. N.), atendiendo la naturaleza de las obligaciones recíprocas y la incidencia de la falta de la administración en la posibilidad de ejecutar el objeto contractual; d. Que quien invoca la excepción no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo, puesto que no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento cuando su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo".

imponer multas o de aplicar las cláusulas de excepción como la de caducidad al contratista[23]."[24]

Al respecto, esta Subsección ha hecho eco de estos planteamientos destacando que no basta con acreditar el incumplimiento imputable a la contraparte sino que es necesario, para que el pedimento salga avante, que se acredite el perjuicio causado con tal proceder. Así, en sentencia de 24 de julio de 2014 indicó:

> "En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.
>
> Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de "no cumplimiento"[25] y esta situación, por regla general,[26] no da lugar a la responsabilidad civil.[27]
>
> **2.** El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.
>
> En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediablemente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación.
>
> Causar un daño genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía."[28]

3. Alcance del desequilibrio económico del contrato estatal

---

[23] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 2001, exp. 12722, C. P.: MARÍA ELENA GÓMEZ GIRALDO: "Se tiene entonces que cuando se cumplen los supuestos de hecho que representan la existencia real de la excepción de contrato no cumplido, y se concluye que el contratista no estaba obligado a cumplir la prestación que pendía de un comportamiento contractual de la administración, ésta pierde la facultad de declarar el incumplimiento del contrato o la caducidad del mismo, si el motivo determinante de esta decisión lo era precisamente el incumplimiento del contratista".

[24] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Ibíd., p. 235-239.

[25] F. HINESTROSA. Tratado de las obligaciones. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 237

[26] Se exceptúa el caso, por ejemplo, en el que el deudor conviene en responder aún en el evento de fuerza mayor o caso fortuito, tal como se desprende de los incisos finales de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil

[27] Artículos 1604, inc. 2º, y 1616, inc. 2º, ibidem.

[28] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 24 de julio de 2013, exp. 25131. Reiterado en fallo de 26 de marzo de 2014, exp. 22831.

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.

Uno de tales mecanismos es precisamente aquel que permite que puedan reajustarse los precios pactados de tal suerte que manteniéndose su valor real en el decurso del plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se lleve a feliz término la ejecución del contrato.

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 parte[29], 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 negociales.

El artículo 38 de la Ley 153 de 1887 preceptúa que en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración.

El contrato que ha dado origen a esta cuestión litigiosa fue celebrado en el año de 2003, esto en vigencia de la ley 80 de 1993. En consecuencia, al referido contrato le son aplicables las disposiciones contenidas en esta legislación, particularmente debe

[29] 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.

tener en cuenta la Sala lo establecido en el numeral 1° del artículo 5[30] y el 27[31] de la misma legislación.

De otra parte, la doctrina ha dicho sobre el desequilibrio del contrato estatal que:

> "Las definiciones del Código Civil de contratos sinalagmáticos, onerosos y conmutativos, articuladas por los contenidos, de clara naturaleza de intervención económica, de los artículos 4 num. 3, 5 num. 1, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, hacen surgir para el derecho de los contratos del Estado una especial y peculiar concepción de conmutatividad de sus negocios, caracterizada por su objetividad y determinando como de su naturaleza, su mantenimiento y continuidad, esto es, sujeto a un equilibrio económico permanente en los términos y condiciones surgidos al momento de proponer o contratar, lo cual marca una diferencia sustancial con la simple conmutatividad directamente derivada de la simple lectura de la normatividad civil, en donde, como lo advierte la doctrina nacional, no es característico, ni puede desprenderse de la lectura del artículo 1498 del Código Civil, que en los contratos entre particulares, la equivalencia de la relación sea exacta y objetiva o que deba mantenerse durante la vida del contrato, lo que se desprende de una lectura directa del Código Civil en la materia, es que de hecho, la equivalencia de la relación puede no ser proporcional y tampoco la norma garantiza que de existir esa exactitud la misma deba mantenerse , mientras que en el contrato estatal, el fenómeno de la conmutatividad se plantea sobre la base de equilibrio, del supuesto de igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas, aspecto este que genera obligaciones ordenadoras para la administración pública responsable del contrato estatal.
>
> Nos encontramos de esa manera ante un concepto de conmutatividad especial y, por lo tanto, preferente respecto de cualquier interpretación o aproximación que deba efectuarse en los casos en que estén de por medio contratos estatales, emanada de las viejas disputas doctrinarias francesas en torno a la sustantividad del contrato estatal y que han sido retomadas de manera amplia por nuestro régimen de los contratos públicos específicamente en los artículo 5 num. 1 y 27 de la Ley 80 de 1993
>
> En este sentido y sobre esta base normativa, el principio general que surge y se manifiesta ostensible en el concepto de negocio del Estado propuesta en este trabajo es la del mantenimiento de su estructura original, derivada de las actuaciones y procedimientos previos, que signados por el concepto de discrecionalidad y con sujeción a los principios de ponderación, proporcionalidad y previsibilidad, determinaron unas condiciones sobre las cuales se sustentó la propuesta y el contrato finalmente celebrado y que constituyen las condiciones estructurales sobre las cuales

---

[30] Ley 80 de 1993. Artículo 5°. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3° de esta ley, los contratistas:
1°. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.
En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

[31] Ley 80 de 1993. Artículo 27. 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 adoptaran en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.
Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiera lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25.

se debe ejecutar el contrato, las que están llamadas a permanecer durante la ejecución e incluso durante su liquidación, manteniéndose en estas instancias necesariamente las obligaciones y derechos originales y así también, las contingencias y riesgos previsibles que asumieron, aspectos estos que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse.
Desde la perspectiva estrictamente normativa, la institución ha sido recogida bajo la siguiente caracterización en la Ley 80 de 1993:
Destaca el artículo 27 inciso primero de la Ley 80 de 1993 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.
En consecuencia, el equilibrio económico y financiero de los contratos estatales es una institución que comprende a las partes involucradas en la relación negocial y no exclusivamente a una de ellas. Por lo menos a esa conclusión se llega agotando el principio de igualdad constitucional (art. 13 Constitucional) y de la lectura de la relación normativa específica de la Ley 80 de 1993, específicamente artículos 4 nums. 3 y 8, al igual que el 27, de donde se deduce que en razón de la reciprocidad, el equilibrio en cuestión tiene una doble dirección indiscutible, correspondiéndoles el derecho, por lo tanto, a cada una de las partes, de obtener el restablecimiento cuando haya lugar al mismo.
Sobre esta base normativa, le nacen derechos a la administración para reclamar en caso de ruptura frente al contratista. Se destaca en el artículo 4 num. 3 de la Ley 80 de 1993 que es un derecho y un deber ineludible de la administración, en cuanto parte contractual, solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato, lo cual denota que el equilibrio y su mantenimiento no es un fenómeno que ataña de manera exclusiva al contratista, sino que implica una visión de contexto de la relación negocial.
En tratándose de los contratistas, el fenómeno es similar, el artículo 5 num. 1 de la Ley 80 de 1993 les reconoce similar derecho al de las entidades estatales en esta materia, es decir, lo tienen para reclamar el restablecimiento de las condiciones económicas derivadas de las propuestas aceptadas y de lo concretamente pactado en los contratos celebrados. Esta situación de la procedencia en ambos sentido del negocio del equilibrio del contrato estatal ha sido ampliamente reconocida por el Consejo de Estado"[32]

Precisado lo anterior, pasa la Sala a abordar lo pertinente a la prueba idónea para la acreditación del desequilibrio económico del contrato.

5. Elementos del desequilibrio económico del contrato

A este respecto lo primero que la Sala entra a examinar el fenómeno del reajuste de precios para mantener el equilibrio del contrato y su relación con el principio de la buena

[32] Jaime Orlando Santofimio Gamboa, El contrato de concesión de servicios públicos, coherencia con los postulados del Estado Social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis doctoral, sustentada en la Universidad Carlos III de Madrid, Febrero de 2010. Pag. 558 ss.

fe; luego se analizarán los requisitos para que se pueda tener por probado el desequilibrio económico del contrato.

5.1 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 lo referente al reajuste de precios como quedo precisado en numerales anteriores, sí lo que ocurre en un determinado asunto es que una de las partes está inconforme con los índices de la fórmula de reajustes inicialmente convenida y nunca alegó dicha circunstancia al suscribir los contratos adicionales 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 esa circunstancia con la que siempre se mostró de acuerdo, vulnerando con ello lo acordado, ese comportamiento es totalmente contrario al deber de buena fe que deben observar las partes contratantes en sus relaciones contractuales.

5.2 El principio del equilibrio económico del contrato.

El principio del equilibrio económico del contrato previsto en el inciso 1º del artículo 27 de la ley 80 de 1993, hace que en los contratos estatales se predique una conmutatividad especialísima que difiere de aquella predicable a los contratos celebrados por privados, pues impone a las partes contratantes la obligación de mantener 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 deberá restablecerla[33].

[33] 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.

A su vez el deber de restablecimiento de la ecuación económica o financiera del contrato se encuentra igualmente desarrollado en los numerales 3º y 8º del artículo 4º, en el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993.

"Así el principio al que se hace alusión se erige como una institución por medio de la cual 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.

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"[34]*.*

Pues bien, una de las circunstancias que puede conducir a la alteración de la ecuación financiera del contrato es el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administración con ocasión de la celebración de un determinado contrato, cuando vulnera el deber de planeación en su estructuración o cuando introduce modificaciones unilateralmente con notable vulneración a la ley, impone exigencias no contenidas en el contrato[35], entre otras, siempre y cuando el referido incumplimiento sea imputable a la administración y la parte afectada demuestre que ésta fue la causa determinante para alterar de forma grave y anormal las condiciones financieras del contrato.

No obstante lo anterior, debe precisarse en éste punto que cualquiera que sea la causa que da lugar a una alteración de las condiciones financieras o económicas del contrato, para que sea procedente su restablecimiento es indispensable que la parte afectada demuestre el menoscabo, que éste es grave y que además no corresponde a un riesgo

---

[34] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 28 de enero de 2015, Expediente. 26.409.
[35] 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.

propio del ejercicio de la actividad contractual que deba ser asumido por alguno de los contratantes.

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 porque los índices utilizados en la fórmula de ajustes convenida no reflejó las verdaderas variaciones de los precios, en ésta hipótesis no sólo se debe acreditar que dicha fórmula efectivamente generó pérdidas considerables, sino también que ésa circunstancia era imprevisible e irresistible al momento de proponer o contratar y haberla alegado dentro de la oportunidad prevista para ello.

En efecto, si una de las partes contratantes afirma que se rompió el equilibrio económico del contrato por que los índices de la fórmula de ajustes convenida no reflejó las variaciones de los precios, para que proceda su restablecimiento, quién alega la ruptura no sólo debe acreditar que ésa circunstancia le generó pérdidas, sino también que alteró de forma grave y anormal la economía del contrato y que la alegó oportunamente

Lo mismo ocurre cuando lo que se alega es el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato por los sobrecostos derivados de la mayor permanencia en la obra y por la mora en el pago de las actas parciales de obra, pues quién alega el restablecimiento también debe demostrar que dichas circunstancias le generaron un perjuicio grave y anormal, que eran imprevisibles al momento de contratar y haberlas alegado dentro de las oportunidades previstas para ello.

5.3 Oportunidad como requisito para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando se han efectuado salvedades en el acta de liquidación bilateral.

Para que sea procedente el restablecimiento de la ecuación económica o financiera que se ha visto desequilibrada, la parte afectada además de demostrar el menoscabo y que

éste fue grave y anormal, debe haber realizado las reclamaciones respectivas de forma oportuna.

Al respecto, ésta Subsección ha señalado con precisión:

"*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.*
En efecto, tanto el artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo "los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar…"
Luego, 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"[36] *(Se subraya).*

[36] 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).

En consecuencia, 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"[37].

De ésta forma, si lo que se afirma es que las partes al momento de suscribir suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc, no formulan salvedad reclamación u objeción alguna es porque se mostraron conformes con lo allí convenido, es evidente que si en esas oportunidades estuvieron de acuerdo con lo acordado, no pueden después venir a formular esas mismas reclamaciones en el acta de liquidación bilateral, pues si no fueron presentadas en su oportunidad ya en sede de liquidación final del contrato se estima que también son extemporáneas.

En efecto, se entiende que al momento en que las partes suscriben actas de prórroga, suspensiones, contratos adicionales, otrosíes, etc.., cada una de éstas convenciones se constituye en una nueva oportunidad para que las partes restablezcan el equilibrio económico del contrato, de tal suerte que si en éste momento no se hacen salvedades el equilibrio económico del contrato queda restablecido.

Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que las partes suscriben actas de prórroga, suspensiones, contratos adicionales, otrosíes y en todas esas oportunidades no se formulan salvedades, reclamaciones u objeciones, ya las salvedades que se formulen al momento de suscribir el acta de liquidación bilateral son extemporáneas, pues se entiende que mediante la suscripción de todas las convenciones anteriores, el equilibrio económico del contrato se ha restablecido.

Con otras palabras, se considera que la suscripción de contratos adicionales,

---

[37] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 16 de octubre de 2014, Expediente 24.809

modificatorios, otrosíes, suspensiones, actas, etc., en la ejecución del contrato son etapas preclusivas en las cuales sí las partes no formulan salvedad, reclamación u objeción alguna, en virtud del principio de buena fe se presume que el equilibrio económico del contrato se ha restablecido.

En éste orden de ideas, cuando no se presentan reclamaciones, objeciones o salvedades en ninguna de éstas etapas preclusivas y luego se formulan en el acta de liquidación bilateral, únicamente serán procedentes aquellas salvedades relativas a hechos posteriores a la última adición, modificación, suspensión o acuerdo que se haya suscrito entre las partes antes de llevar a cabo la liquidación bilateral, o aquellas que se generen al momento de la liquidación bilateral.

5.4- La necesidad de prueba idónea del vinculo ente la situación fáctica alegada y el desajuste o ruptura grave del equilibrio económico del contrato.

En efecto, las circunstancias determinantes de la alteración del equilibrio económico del contrato, como suficientemente se sabe, pueden derivarse de 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.

Sin embargo, 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 el restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que éste es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.

Sobre este particular el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

> "…cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo por sí solo no equivale a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que deberá analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato. Bien ha sostenido esta Corporación que no basta con probar que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente, sino que además, para que resulte admisible el

> restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar el contratista que representó un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y una mayor onerosidad de la calculada que no está obligado a soportar, existiendo, como atrás se señaló, siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él[38] o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos. "[39] [40].

En esta misma línea de pensamiento, debe tenerse presente que para tener por acreditado el desequilibrio económico debe aparecer la prueba fehaciente de que en virtud del incumplimiento contractual se presentó un resquebrajamiento grave de la ecuación contractual que compromete la ejecución del contrato. Esto es, que las situaciones fácticas configuradoras del incumplimiento tuvieran la virtud de afectar de manera tan profunda la estructura económica que no puede ser más que calificada de grave.

La prueba en materia de desequilibrio económico, así las cosas, no solo debe configurar el hecho mismo afectante y determinador del incumplimiento, sino también y de manera consecuencial y objetivo el impacto cierto, claro, evidente en la bases que soportan las condiciones económicas y financieras del negocio, permitiendo visualizar al juzgador el daño que sobre las mismas se hubiere causado.

Se reitera: la carga de la prueba en este tipo de casos no se agota en la mera acreditación de ciertas circunstancias fácticas en el devenir de la relación contractual, ello no es más que un punto de inicio que necesariamente debe ser complementado con la suficiente acreditación probatoria y, sobre todo, técnica de las consecuencias negativas de tales hechos en el equilibrio económico del contrato estatal.

La Sala estima oportuno precisar que la prueba de tal desequilibrio no puede ser meramente retórica. El desequilibrio financiero del contrato es un asunto técnico y por ende su prueba debe ser rigurosa, objetiva y debidamente soportada; no bastan simples planteamientos doctrinales o jurisprudenciales; se hace necesario prueba idónea, adecuada y pertinente que evidencie en concreto, la magnitud del desajuste económico del negocio y su impacto en la conmutatividad del mismo.

---

[38] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 18 de septiembre de 2003, exp. 15.119.... (La cita es del texto citado).
[39] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, exp. 16.433... (La cita es del texto citado).
[40] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2011, Expediente 18080. (La cita es del texto citado).

Prueba, por lo tanto, de ser el caso, altamente técnica, razonablemente fundada en especiales consideraciones contables, económicas, financieras, que permitan deducir de manera objetiva, cómo las situaciones fácticas alegadas como afectantes del equilibrio contractual, inciden de manera cierta, evidente, clara y material en las estructuras económicas y financieras del negocio en los términos propuestos y pactados.

A través de la actividad y debate probatorio el juez debe llegar a la certeza técnica del desbalance que afecta la relación negocial, de aquí como, la simple afirmación en la demanda de la existencia del desequilibrio o de la ruptura de la formula o modelo económico rector del negocio, no sea por si mismo suficiente para dar por probada la configuración de la misma, sus características, impacto en la conmutatividad del negocio, magnitud del desajuste, en fin, todo lo relativo a su identificación plena y que permita abrir paso, al reconocimiento judicial de esta situación y a la determinación y cuantificación de las indemnizaciones que sean pertinentes, en los términos de los artículo 5 No 1, 27 y 28 de la ley 80 de 1993.

Resulta en consecuencia menester, que la prueba aportada permita materializar no solo el hecho causante o generador del desequilibrio del negocio, sino también configurar, ente otras cosas, sus efectos graves y dañinos, por ejemplo, en relación con el valor intrínseco del contrato, la perdida económica sufrida[41], los efectos económicos y financieros de todo orden y magnitud que devengan de la ruptura de la igualdad o equivalencia surgidos al momento de proponer o contratar etc.

Con otras palabras, y a manera de síntesis, si mediante el contrato estatal se persigue satisfacer el interés general mediante la prestación de los servicios públicos, y si el equilibrio económico del negocio debe mantenerse para lograr la ejecución del objeto contractual y por ende prestar el correspondiente servicio público, resulta evidente que para cumplir con los imperativos legales que ordenan el restablecimiento, es indispensable, no sólo la demostración del acaecimiento de un hecho o acto que tuvo la

[41] Ley 80 de 1993, Art. 5.

virtualidad de destruir el balance económico y financiero negocial, sino también que el negocio efectivamente se descompensó por ese hecho o acto.

Por consiguiente, en torno al último aspecto, las probanzas deben demostrar aquel resultado, el que no puede surgir sino mediante la comparación del inicial diseño económico y financiero del contrato con la situación económica y financiera en que quedó el negocio luego de sobrevenir el hecho o acto desequilibrante.

Hechos los estudios dogmáticos sobre el incumplimiento del contrato y su desequilibrio económico, procede ahora la Sala a resolver los dos aspectos en los que el recurrente centró sus argumentaciones. Se trata de dilucidar si en el *sub judice* se cumplieron los requisitos para declarar el desequilibrio económico del contrato y en consecuencia si hay lugar a aplicar la cláusula de reajuste de precios prevista en el mismo, conforme a lo pretendido por la parte actora y recurrente en apelación.

7. El contrato de obra.

El contrato de obra es un negocio jurídico tipificado[42] de conformidad con lo establecido en la ley 80 de 1993 artículo 32 No 1, de contenido económico[43], principal[44], oneroso[45],

---

[42] La tipicidad es la excepción, o en otras palabras, la regla es la atipicidad. Conforme a lo establecido en la ley 80 de 1993, los contratos del Estado son todos aquellos que permita la autonomia de la voluntad para atender las necesidades públicas, luego no es el legislador el que por regla los estructura, sino la misma administración en cumplimiento del principio de planeación, en cada caso y frente a cada necesidad pública.

[43] Artículo 864 del Código de Comercio. *El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una* ***relación jurídica patrimonial****, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.*
Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851.
"(…) El contrato del Estado es así mismo una fuente de obligaciones conforme los parámetros del artículo 1494 del código civil, en este sentido su contenido, tal como se desprende de los artículos 1495 del código civil y 864 del código de comercio es estrictamente obligacional y esta dirigido inevitablemente construir, regular o extinguir relaciones jurídicas obligacionales que inciden en la esfera patrimonial de las partes relacionadas, es decir, que son de contenido y carácter indiscutiblemente económico intersubjetivo y por lo tanto cumple una función sustentada en este elemento fundamental, de conformidad con las características de cada negocio que se considere conveniente y adecuado a las necesidades fines y propósitos públicos o generales. Por otra parte por su posición en el marco de las políticas públicas, se puede considerar igualmente que el contrato desde la perspectiva general configura para el Estado un importante mecanismo macroeconómico (…)". SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. En http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Sub

solemne[46], sinalagmático y conmutativo[47], en el cual una de sus partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones administrativas en los términos de la ley, o

---

ir%20aqu%C3%83%C2%AD%20los%20documentos%20para%20descargar/Jaime%20Orlando%20Santofimio%20Gamboa.pdf.

[44] Artículo 1499 del Código Civil. *El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención (…).*
"(…) Por su misma naturaleza el concepto que nos ocupa de contrato estatal es por principio de acuerdo a las características anotadas un contrato principal, esto es que tiene existencia y efectos jurídicos por si mismo. De manera excepcional, para casos específicos que se requiera para el cumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato principal, el contrato estatal puede ostentar la característica de accesorio, esto es, de instrumento adecuado y necesario para efectuar cualquier operación que requiera una obligación de carácter principal, esto de conformidad con las previsiones del artículo 1499 del código civil. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. En http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Subir%20aqu%C3%83%C2%AD%20los%20documentos%20para%20descargar/Jaime%20Orlando%20Santofimio%20Gamboa.pdf.

[45] Artículo 1497 del Código Civil. El *contrato es (…) oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.*
"(…) En esta dirección y para efectos de este concepto operativo de contrato estatal con sujeción a las categorías de sinalagmático y conmutativo, debemos destacar en consecuencia que resulta predicable de manera directa a los contratos que queden sujetos al concepto su carácter de necesariamente onerosos, en contraposición a los simplemente gratuitos conforme a la clasificación propuesta en el artículo 1497 del código civil, lo que implica dentro del concepto propuesto, que las incidencias económicas patrimoniales de las obligaciones pactadas se den en la esfera de ambas partes, generando utilidades para ambas partes, es decir como lo destaca la norma indicada, generándose una especie de gravamen de cada parte en beneficio de la otra, situación esta trascendente dentro del esquema conceptual propuesto y fundamento inequívoco de la conmutatividad que manda el artículo 28 de la ley 80 de 1993. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico En http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Subir%20aqu%C3%83%C2%AD%20los%20documentos%20para%20descargar/Jaime%20Orlando%20Santofimio%20Gamboa.pdf.

[46] Artículo 1500 del Código Civil. *El contrato (…) solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil (…)".*
*"(…) Por otra parte, se puede predicar de los mismos su carácter solemne no solo para su perfeccionamiento y posterior legalización, sino también para la selección contratistas y eventualmente para su ejecución, como cuando se trata de transferir bienes inmuebles o muebles sujetos a registro que según lo ordenando está sujeto a solemnidades y hace del mismo un negocio real lo anterior en concordancia con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la ley 80 de 1993 en concordancia con el 1500 del código civil (…)".*SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico En http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Subir%20aqu%C3%83%C2%AD%20los%20documentos%20para%20descargar/Jaime%20Orlando%20Santofimio%20Gamboa.pdf.

[47] Artículo 1496 del Código Civil. El contrato es (…) *bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente. Artículo 1498 del Código Civil. El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez (…)".*
"(…) Se destaca del concepto propuesto otros dos elemento fundamentales para su conformación cual son el de su carácter, por regla general, de reciproco en las prestaciones, al igual que de conmutativos la relación, que como se advierte, a partir de un análisis del contexto normativo del régimen de la

cualquier otra persona que involucre en el mismo recursos públicos, y que tiene por objeto cualquier realización o intervención (obligación de hacer) material sobre bienes inmuebles, tales como, construcción, mantenimiento, instalación sobre los mismos, cualquiera sea la modalidad de ejecución y pago.

Se trata por lo tanto de una fuente de obligaciones recíprocas para las partes, en la cual el contratante se obliga a dar una contraprestación, cualquiera que sea ella, a cambio, por parte del contratista, de una obra material (Hacer), que engrandece el patrimonio público, resultante de una intervención o realización material sobre inmuebles, obligaciones que se miran como equivalentes conforme a las previsiones objetivas iniciales acordadas por las partes al momento de proponer o de contratar.

Las prestaciones propias del objeto del contrato de obra, no corresponden a un desarrollo taxativo y cerrado del legislador, se trata a no dudarlo de un simple listado

---

contratación pública y de sus desarrollos doctrinales, difiere sustancialmente de la simple conmutatividad propia de las relaciones jurídicas negociales entre particulares, en cuanto deviene de consideraciones objetivas y no de razonamientos subjetivos y relativos derivados del principio de la autonomía de la voluntad individualista; surge de manera inevitable de las verificaciones objetivas del mercado efectuadas en desarrollo del principio de planeación y que tienden a salvaguardar el interés y el patrimonio público, bajo el criterio de equilibrio entre los valores de los objetos, bienes o servicios y la retribución correspondiente, para llegar a la noción de un punto intangible de precio justo para las partes.

Bajo las exigencias del régimen positivo del contrato del Estado, y de su principio rector del interés público y general, la conmutatividad se da sobre la base de referentes objetivos que nos aproximen a puntos reales de equilibrio económico y no de supuestos convencionales, derivados de la autonomía de la voluntad y que adquieren fuerza no por su real equivalencia, sino en la medida en que el artículo 1498 del código civil presume la misma en razón de la manifestación voluntaria y de buena fe de las partes intervinientes que así lo quieren y expresan.

Sobre esta base se edifica para el contrato del Estado, por regla general, no solo la teoría del equilibrio económico al momento de proponer o contratar, sino también su concepción negativa, la de la ruptura o quiebre de esa relación objetiva balanceada con ocasión de actos y hechos de la administración contratante, del contratista, por actos de la administración como Estado, y por factores exógenos a las partes del negocio jurídico.

No obstante las anteriores construcciones doctrinales respecto de la conmutatividad propia y particular del contrato del Estado, no desconocemos que en el contrato típicamente privado, la conmutatividad, no obstante fundarse en la concepciones derivadas de la autonomía de la voluntad, también implica un equilibrio de la relación tal como se deduce de los textos legales civiles y comerciales y lo ha sostenido históricamente la doctrina privatista, de aquí, que se identifiquen diversos factores, por lo demás retomados en los códigos civil y comercial, que determinan situaciones de ruptura de la conmutatividad en estos contratos, tales como el precio irrisorio, la lesión enorme, violencia generalizada, imprevisión e imposibilidad sobrevenida, desvaloración monetaria, alteración de precios y calidades, salario mínimo, desequilibrio económico por vicio-temor. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. En http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Subir%20aqu%C3%83%C2%AD%20los%20documentos%20para%20descargar/Jaime%20Orlando%20Santofimio%20Gamboa.pdf.

apenas enunciativo, pues, la administración tiene la potestad de adicionar otras[48], las que requiera de acuerdo a sus necesidades que impliquen siempre intervención sobre bienes inmuebles. Lo cual guarda consonancia con lo establecido en el artículo 40 de la ley 80 que dispone:

> "*Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*
> *Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.*
> *En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración".* (Subrayado fuera de texto)

Resulta importante destacar para un cabal entendimiento de este instrumento negocial que la legislación colombiana denomina al contrato como "contrato de obra" cuya fuente siempre será irremediablemente un trabajo público[49], y no propiamente o de manera exclusiva como contrato de obra pública, lo cual tiene incidencia directa en la naturaleza del bien inmueble sobre el que recaiga el trabajo público generador de la obra contratada por la administración, el cual entre nosotros, no es solo el inmueble público sino también el privado, cuando así lo permita la naturaleza de la necesidad publica a ser atendida[50].

---

[48] Por ejemplo, como objeto del contrato de obra puede agregarse la reparación, la modificación e incluso, la demolición o destrucción del objeto. ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado Integral de los Contratos Administrativos, V. II, Parte Especial, Buenos Aires, 1979, página 170.

[49] *"Ahora bien: toda obra pública es siempre el resultado de un trabajo público, concepto, este último, que es conveniente establecer, pues habrá de contribuir como se comprende a fijar la noción de obra pública que luego hemos de precisar.*
En primer lugar, se entiende por trabajo público todo tipo de trabajo, entendido el concepto en su sentido más amplio, por lo cual no puede restringírselo a los de construcción de una obra pública, sino que comprende, además, los de mantenimiento, reparación y modificación de ella, e incluso los de su demolición o destrucción, cuando esto resulte necesario, así como otros de esa misma clase aunque no estén específicamente referidos a una obra objetiva.
En segundo lugar, todo trabajo público debe estar encaminado, para ser realmente tal, a la satisfacción de un fin de utilidad general, de bien común, siendo esta la nota que más contribuye a caracterizarlos. Ibídem, ESCOLA, Héctor Jorge, página 169.

[50] *Pero para el cumplimiento de esta condición no es imprescindible, en cambio, que estos recaigan sobre_bienes del dominio público, ya que pueden realizarse sobre bienes del dominio privado administrativo, e incluso del dominio de los particulares, como ocurre en el caso de trabajos ordenados por la autoridad administrativa sobre inmuebles privados por razones de seguridad o para evitar un peligro inminente (…)".* Ibídem, ESCOLA, Héctor Jorge, página 169.

Pues bien, para nuestra legislación el contrato de obra, no tiene dentro de sus elementos esenciales que el resultado de ese trabajo material sea de propiedad del Estado. Se entiende que la obra no siempre constituye un patrimonio público, comoquiera que en ocasiones las entidades estatales realizan obras directamente o por intermedio de un contratista, cuyo resultado no va a pertenecer al patrimonio público; incluso en ocasiones puede pertenecer a los particulares, sólo que son realizadas en desarrollo de las funciones sociales del Estado[51].

Piénsese por ejemplo, en las obras que puede realizar la administración pública para atender a los damnificados de un terremoto, o de una inundación en sus bienes inmuebles afectos al hecho de la naturaleza[52] y este asunto se ha convertido en una cuestión determinante en la configuración normativa del contrato, lo cual lo diferencia con el contrato de simple prestación de servicios, cuando los mismos están dirigidos a realizar intervención sobre bienes muebles. Si se hubiese nominado como contrato de obra pública, un evento como este no podría encuadrarse dentro de tal categoría o tendría que elaborarse distinciones como las transcritas de la doctrina[53].

30. Ahora bien, la restricción establecida por el legislador en el artículo 32 No 1 de la ley 80 de 1993 a que el contrato de obra para que sea considerado como tal, tiene que materializarse respecto de un bien inmueble tiene origen en una posición de la jurisprudencia francesa[54], que no de nuestra tradición legal, ni mucho menos doctrinal,

---

[51] "(…) *pueden identificarse unos elementos comunes* [de los contratos de la ley 80 de 1993]*. Ellos son en primer lugar la incuestionable relación que con el interés público apareja la celebración de un contrato bajo tales circunstancias; en segundo lugar los recursos de naturaleza pública que se comprometen con su celebración cuando participa una entidad estatal o un órgano con participación mayoritaria del Estado; y en tercer lugar la presencia de la esencia fundamental que caracteriza a todo contrato, vale decir, el acuerdo de las partes que log fundamentan".* https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/mtl008093.htm.

[52] Por ejemplo mejoras sanitarias, habitacionales, estructurales, hidráulicas etc.

[53] *"(…) El contrato de obra pública es el contrato administrativo que celebra la administración pública para la realización de una obra pública, mediante el pago de un precio al cocontratante particular. (…) El contrato de obra pública tiene por objeto la realización de una obra pública, es decir, y conforme a la noción que de ésta última hemos dado, la obtención de un bien, inmueble o mueble, o de un objeto inmaterial, que es el resultado de un trabajo público realizado por cuenta de una persona pública estatal, con el propósito de obtener en forma directa e inmediata el logro o la satisfacción de un interés público (…)".* Ob cit, ESCOLA, Héctor Jorge, página 18 y 181.

[54] *"El primer elemento de la noción es tal vez el punto que da lugar a más tajantes discrepancias: mientras que en Francia el concepto de obra pública es reservado exclusivamente a los inmuebles, entre nosotros se sostiene que puede tratarse tanto de una cosa mueble como inmueble.*
La importancia de la cuestión reside más que nada en relación al concepto de dominio público: el artículo 2340 inc.7º del Código Civil incluye dentro de este a las obras públicas, construidas para utilidad y

que se ha venido incorporando por el legislador sin mayor reflexión al momento de abordar la descripción del tipo contractual en comento.

Otro punto que la Subsección considera útil destacar relativo a la naturaleza del contrato de obra es que se le ha reconocido su carácter de tracto sucesivo, posición en la que ha sido reiterativo el Consejo de Estado, pero que la Subsección en esta oportunidad llama la atención, puesto que de la manera como ello ha sido expuesto, resulta equívoco.

En efecto esta Corporación ha dicho que:

> *"Es menester señalar que el contrato de obra es de aquellos que se denominan de tracto sucesivo; es decir, cuya ejecución o cumplimiento se prolonga en el tiempo"*[55]*.*

Esta manifestación suscita reparos para la Subsección, pues la esencia de los contratos de tracto sucesivo no está tanto en que su cumplimiento se prolongue en el tiempo, sino en la pluralidad de prestaciones que se deben cumplir y la independencia entre ellas; pues, cuando la única prestación debe cumplirse por partes o instalamentos no quiere decir que estemos hablando de un contrato de tracto sucesivo, sino de un contrato único, instantáneo pero pactado a plazos, como por ejemplo cuando se contrata la elaboración de una obra.

De todos modos, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha sostenido de antaño que el contrato de obra tiene como característica ser un contrato de tracto sucesivo. Sin embargo, la Subsección considera pertinente que tal evento debería denominarse "de ejecución diferida en el tiempo" o "que pueden diferirse en el tiempo".

32. Por último, es importante hacer referencia a que el artículo 32 numeral 1 de la ley 80 de 1993 faculta a la administración para que en el desarrollo del contrato de obra se pueda establecer cualquier modalidad de pago y de ejecución.

---

comodidad común; por ello la problemática pertenece en realidad al tema del dominio público. Sólo cabe aquí decir que si se toma el citado artículo del Código Civil, sería de aplicación el criterio "Ubi lex non distinguid, nec nos distinguere debemus", ya que si la ley no establece la restricción del concepto de obra pública refiriéndolo únicamente a los inmuebles, no cabe tampoco al interprete en este caso hacerla". GORDILLO, Agustín A. Obra Pública y Contrato de Obra Pública, en Contratos Administrativos, Regímenes de pago y actualización, AA. Tomo I, Buenos Aires, 1982 pág. 48.

[55] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 31 de enero de 2008, expediente: 33010.

Al respecto, el Decreto 222 de 1983 establecía en el artículo 82 las diferentes formas de ejecución y pago en los contratos de obra[56]. Para aquella época, el legislador era quien determinaba las reglas aplicables en estas materias.

Se produce un cambio sustancial en el tratamiento del asunto, ya que con la ley 80 de 1993 surge para la administración la facultad de analizar, estudiar, diseñar y estructurar bajo la potestad discrecional técnica, el negocio jurídico que se pretenda contratar.

En otras palabras, la administración tiene plena facultad legal para definir todas las características y contenidos propios del negocio de acuerdo con la necesidad que deba atender. En este sentido, en desarrollo de la discrecionalidad técnica que le concede el ordenamiento jurídico, puede definir las modalidades, condiciones, cláusulas de todo orden (esenciales, naturales y accidentales), que considere necesarias y convenientes para que el negocio atienda y responda a los fines estatales que se pretenden satisfacer con la contratación pública. En este escenario la administración no solamente define el objeto del contrato, sus modalidades y características de todo orden, sino

---

[56] Artículo 82: Según la forma de pago, los contratos de obra se celebran:
1. Por un precio global. (Artículo 88 Decreto 222 de 1983: Los contratos a precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija en la cual están incluidos sus honorarios, y es el único responsable de la vinculación de personal de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos.)
2. Por precios unitarios, determinando el monto de la inversión. (Artículo 89 Decreto 222 de 1983: Los contratos a precios unitarios son aquellos en los cuales se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije.
El contratista es el único responsable por la vinculación de personal, la celebración de subcontratos y la adquisición de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos.)
3. Por el sistema de administración delegada. (Artículo 90 del Decreto 222 de 1983: Contratos de administración delegada son aquellos en que el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio. El contratista es el único responsable de los subcontratos que celebre. Artículo 100: La remuneración del administrador delegado se pactará en forma de porcentaje o de precio fijo, de acuerdo con el objeto del contrato y las conveniencias del contratante)
4. Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, (Artículo 101 Decreto 222 de 1983: Son contratos con reembolso de gastos aquellos en los cuales el contratista, con cargo a sus propios recursos, ejecuta las obligaciones a que se comprometió y en los que, con la periodicidad acordada, la entidad contratante le va reintegrando los gastos comprobados y le paga los honorarios causados. Los honorarios se fijarán de acuerdo con las tarifas que, con aprobación previa del Gobierno Nacional, establezcan las asociaciones profesionales que tengan el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno)
5. Mediante el otorgamiento de concesiones. y (Artículo 102 Decreto 222 de 1983)

también y de manera concreta en tratándose del contrato de obra las modalidades de ejecución y pago[57].

Lo anterior entonces se sustenta en el hecho de que la administración debe estructurar a partir de consideraciones objetivas de estrictas necesidades públicas debidamente motivadas y sujetas a unos claros criterios metodológicos que respalden la necesidad del negocio que en gran mayoría corresponden a contenidos técnicos que posibiliten la existencia y ejecución del contrato, por la vía de la razonabilidad, que en últimas constituye un instrumento fundamental para los derechos e intereses propios de la comunidad[58], de aquí la importancia del principio de la planeación en la contratación pública y sobre todo en tipos de contrato como el de obra, donde el peso de la definición de su contenido en cada caso en concreto, el legislador se lo ha trasladado a la administración[59] [60].

---

[57] (…) surge, además, un trascendente y fundamental deber funcional para la administración: el de planear y diseñar de manera completa, correcta, eficaz y técnica los proyectos (…) por fuera de los marcos de la arbitrariedad y de motivaciones políticas y subjetivas de los gobernantes, de manera que realmente constituyan respuestas adecuadas a las necesidades de la comunidad y no costosas frustraciones. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. TESIS DOCTORAL. El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. En http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8339/tesis_santofimio_2010.pdf?sequence=1.

[58] Ibídem, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. TESIS DOCTORAL. Así mismo, puede verse esta posición en el escrito denominado "El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico" del mismo autor. En http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Subir%20aqu%C3%83%C2%AD%20los%20documentos%20para%20descargar/Jaime%20Orlando%20Santofimio%20Gamboa.pdf.

[59] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública.* En *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma contractual.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, páginas 42 y 43.

[60] *La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también para el patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirles perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos por medio de los negocios estatales.*

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y obtener un desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.

En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual.

8. Lo probado dentro del expediente.

Del acervo probatorio obrante, la Sala destaca los siguientes documentos que son suficientes para tener por probados los hechos alegados y resolver el recurso de apelación.

1. Se encuentra acreditado que el Departamento de Casanare celebró con el Consorcio Támara el contrato de obra pública No. 075 de 2007, cuyo objeto era:

   "CONSTRUCCION PAVIMENTO FLEXIBLE VIA RECOSTON TAMARA DEPARTAMENTO DE CASANARE DESDE EL K24+632 AL K26+000 Y DEL K26+000 AL K33+904 MUNICIPIO DE TAMARA DEPARTAMENTO DE CASANARE"[61].

2. También se probó que dicho contrato fue ampliado en su objeto mediante acta suscrita el 5 de agosto de 2009, en este documento la ampliación del objeto se consignó en la cláusula primera, en los siguientes términos:

   "*El objeto del presente adicional es adicionar un tramo nuevo a los establecido en la cláusula primer a del contrato 705-07, el cual deberá contempla desde el el K16+000 hasta la cabecera del municipio K33+411*"[62].

Es decir que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.
Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en el derecho colombiano ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratista. Posición reiterada en sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 15 de febrero de 2012, expediente: 1973; 28 de marzo de 2012, expediente: 22471; 13 de junio de 2013, expediente: 24809; 26 de febrero de 2014, expediente: 26551.

[61] Objeto previsto en la cláusula primera del contrato 0705 de 2011 Fl. 53 C.2

[62] Fl.65 C.2

3. Se encuentra igualmente acreditado que posteriormente se suscribió entre las partes otro adicional al contrato, mediante acta suscrita el 25 de agosto siguiente, ampliando en su valor y el plazo así:

> "*PRIMERO: OBJETO: El objeto del presente adicional es adicionar en valor y plazo a (sic) lo establecido en las cláusulas segunda y cuarta del Contrato No. 705-07. CLAUSULA SEGUNDA: VALOR: Adicione al valor inicial la suma de CINCO MIL QUINIENTOS CUARENTE MILLONES NOVECIENTOS TRES MIL QUINIENTOS QUINCE PESOS CON DIEZ Y NUEVE CENTAVOS ($5.540.903.515.19) M/CTE, que corresponde a (sic) valor de los ítems, actividades, unidades, cantidades y precios unitarios descritos en el anexo de presupuesto aprobado por la Oficina de Programación de Obras Públicas y transporte de Departamento , el cual hace parte integral del presente adicional. PARAGRAFO. El valor del presente adicional se pagará al contratista de conformidad con la Resolución 1068 de 2004 y el Decreto 416 de 2007, normas reguladoras de recursos del Faep CLAUSULA CUARTA: PLAZO: adicione el plazo pactado en siete (7) meses, a partir de la fecha de vencimiento actual*"[63].

4. En el texto de las actas adicionales del contrato, parcialmente transcritas, no se consignó por parte del contratista en el momento de suscribir las mismas, reserva alguna.

9 Análisis del caso concreto

Son diversos los problemas jurídicos los que se desprenden del recurso de apelación único interpuesto por la parte demandante, esto es, determinar si el interventor estaba autorizado para elaborar la actualización de precios sin el aval de supervisor del contrato; si el no haber incluido la fórmula que se tuvo en cuenta para hacer tal actualización invalida la misma; si pese a la carencia de una programación de obra, admitida por el recurrente, se pueden tener por cumplidas sus obligaciones; si las causas que se invocaron para la suspensión son atribuibles exclusivamente al contratista y finalmente determinar si la adición en precio que se hizo del contrato,

[63] Folios 67 y 68 C.2

corresponde simplemente a la adición en el objeto que se le había hecho al mismo. Pese a que son estos todos los componentes del *thema decidendum* en el presente recurso, la Sala observa que hay un tópico que se ha pasado por alto y que torna inane cualquier consideración en torno a los anteriores aspectos. Se trata del hecho evidente de que el contratista está en imposibilidad de exigir la actualización de precios de algunas de las obras, toda vez que en el momento en que suscribió las actas adicionales de objeto, plazo y precio, nada manifestó sobre el particular, perdiendo así la oportunidad de hacerlo.

En efecto, si bien es cierto, como se explicó en la parte general de esta providencia, el Consejo de Estado ha dicho que una de las oportunidades que se tiene para efectuar las respectivas reservas es el momento en que se liquida el contrato; no es menos cierto que esta misma Corporación ha establecido que ello es así únicamente cuando no hay suspensiones o adiciones al mismo; pues cuando, como ocurrió en el sub judice, el contrato resulta adicionado, es en el momento en que se suscribe la adición en donde la administración o el contratista, según el caso, que deben hacer dichas las salvedades.

En este orden de ideas, sólo se podría exigir la actualización de precios para obras realizadas con posterioridad a la firma de los contratos adicionales, esto es, con posterioridad al 25 de agosto de 2009. Ahora bien, en cuanto a la ausencia de firma de la supervisora del contrato en el acta de actualización de precios, la Sala advierte que, lo cierto es que las obras se realizaron, y en aplicación del principio de la buena fe objetiva, al contratista le asiste el derecho a que los precios sean actualizados en los términos pactados en el contrato[64]. En lo que concierne al periodo que transcurrió entre la firma del contrato adicional, 25 de agosto de 2009 y la suscripción del acta de recibo final de la obra, 13 de julio de 2010, no alcanzaron a transcurrir los 12 meses establecidos en la cláusula sexta del contrato para hacer el ajuste de precios, la Sala

[64]La cláusula sexta del contrato establecía: *"Los precios serán actualizados para cada ítem cada doce meses, con base en la variación de los respectivos grupos ICCP, correspondiente al periodo comprendido entre la fecha de cierre de la licitación y los doce meses siguientes y así sucesivamente hasta el vencimiento del plazo del contrato*

advierte que aplicar la norma contractual sobre ajuste de precios resulta desproporcionado.

Como lo ha destacado esta Corporación bajo el derrotero de la jurispudencia constitucional, el juicio de igualdad hace referencia a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, en el entendido que *"debe revestir una intensidad diversa, en función del grado de amplitud del margen de valoración que el ordenamiento atribuya a la autoridad pública de la cual se trate, para adoptar la decisión controlada, de suerte que a mayores márgenes de relativa libertad de decisión, menor debería ser, en principio, la intensidad del control judicial. (…)"*[65]

En consecuencia, si la contratación estatal se encuentra sujeta al principio de proporcionalidad, este principio no solo se aplica en la fase preparatoria de la contratación, sino que mantiene vigencia durante todas las etapas del contrato. Así las cosas, siguiendo los lineamientos establecidos por esta Sala de subsección, se tiene que los elementos de la proporcionalidad son[66]:

1. Que lo pactado dentro del contrato sea idóneo para el propósito de conseguir los fines estatales que se persiguen con la contratación pública y, en particular, para satisfacer la necesidad requerida por la entidad y el interés general. En el sub judice, este subprincipio de idoneidad implica ponderar si se justifica negar el pago de ajuste de precios a un contratista, cuando el periodo de ejecución del contrato no alcanzó a ser el previsto en el mismo para realizar tal ajuste.
2. El elemento de la necesidad, en el contexto del caso sub examine, supone verificar si hipotéticas medidas alternas a lo estipulado revisten el mismo grado de idoneidad de aquella pactada y afecta en menor grado al contratista
3. Finalmente, a propósito del tercer elemento: el de proporcionalidad stricto sensu, que denota la necesidad de llevar a cabo un ejercicio de ponderación tendiente el grado de afectación de los principios contrapuestos. En este sentido se observa que en el sublite se contraponen la eficiencia y el principio de equidad, pues sería contrario a la eficiencia pactar ajuste de cuentas en periodos

[65] CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 5 de junio de 2008, Exp. 8431
[66] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 3 de diciembre de 2015, expediente 31915.

cortos, que obligaría a contratista y entidad contratante a estar permanentemente reunidas para hacer tales ajustes.

En este caso, atendiendo al principio de eficiencia se estipuló que debían transcurrir periodos de doce meses para ajustar los precios; pero el periodo transcurrido entre el contrato adicional y la fecha de entrega de las obras fue inferior a dicho lapso por escasos cuarenta días. En estas circunstancias, se torna desproporcionado que el contratista pierda su derecho a que se tenga en cuenta la variación de precios, en un periodo tan escasamente inferior al pactado dentro del contrato. Dicho en otras palabras, en el caso concreto, deviene desproporcionado aplicar de manera estricta lo pactado por las partes a propósito del ajuste de los precios.

La Sala determina, entonces, que ante la mencionada desproporción que implicaría la aplicación estricta de la cláusula de ajuste precisos, deberá acudirse a la equidad y en tal sentido, ajustar proporcionalmente los precios conforme a la variación de los índices de costos de la construcción pesada (ICCP), presentada entre la firma del contrato adicional y la fecha de la entrega de la obra.

A propósito de la aplicación de la equidad como criterio subsidiario de la ley en la labor interpretativa de los jueces, esta Corporación ha dicho:

> "*La equidad, principio general del derecho y criterio auxiliar de la actividad judicial, ha sido considerada como la justicia del caso concreto que corrige a la ley. Es cierto que el derecho se fundamenta sobre el principio de legalidad y que éste último sujeta a los jueces más que cualquier otro vínculo; es el deber ser, es el logro de muchos siglos de evolución jurídica y social; es la forma como las reglas sustantivas y procesales de juzgamiento se hacen públicas, objetiva, generales, impersonales y abstractas. Pero también es cierto que en nombre del derecho y de la legalidad es mucho lo que se ha tenido que sacrificar. Este problema no es nuevo y desde Roma, en atención a la influencia helenística, hace más de dos mil años, se lo advertía con la utilización del brocardo summun ius summa iniuris (mucho derecho, mucha injusticia).*

Así en el día a día del quehacer jurídico se habla de la equidad para flexibilizar el formalismo aséptico de la norma abstracta, de conformidad con las diferentes funciones que se le reconocen, como: (i) Informadora del espíritu del legislador, en cuanta le da sustancia a la ley; (ii) integradora frente a los vacíos o lagunas que quedan de las generalizaciones de la ley y que no encuentran concreción en los asuntos específicos; (iii) correctiva de la ley en cuanto que constituye un fundamento para rectificar su iniquidad, cuando quiera que ella se dé; (iv) interpretativa, pues fija el sentido justo de los objetos jurídicos que se someten al entendimiento de los diferentes actores que participan en el campo de lo jurídico. En consecuencia, es equitativa la decisión que adecúa su resultado a todas las circunstancias susceptibles de valoración; que mantiene imparcialmente el equilibrio proporcional entre los legítimos intereses de las partes y en la que se tienen en cuenta todos los elementos particulares del caso, de su conjunto, de su conflicto y de sus interferencias, con el propósito de lograr la atemperación de los intereses de las partes"[67].

En el mismo sentido, esta Sala de Subsección ha manifestado:

> "Inicialmente en el derecho romano la noción de equidad se entendió como simple igualdad[68] pero en la época clásica se equiparó al concepto de justicia conmutativa de tal suerte que ella consistió, fundamentalmente, en dar a cada cual lo suyo y en dar un tratamiento igual en causa igual.[69]
>
> Posteriormente la influencia de Aristóteles determinó que la equidad, a la que llamó epiqueya, se entendiera como lo justo en el sentido de ser una rectificación de la justicia legal toda vez que corrige las iniquidades que pueden derivarse de la aplicación de la ley o enmienda las omisiones en que esta incurre al no poder preverlo todo por ser general y abstracta.[70]
>
> La equidad también sufrió el influjo del pensamiento cristiano al ser considerada como un mecanismo de misericordia, de indulgencia y de benignidad que en casos especiales atempera el rigor de la ley.[71]
>
> Todas estas concepciones condujeron a elaborar con fundamento en la equidad dos postulados: **a)** El negativo según el cual el juez puede inaplicar la ley al caso

---

[67] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala plena de la Sección Tercera, sentencia del 12 de julio de 2012, expediente No. 15.024.
[68] P. G. CARON. *"Aequitas" Romana, "Misericordia" Patristica Ed "Epicheia" Aristotelica Nella Dottrina Dell'"Aequitas" Canonica.* Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1971, p. 2.
[69] Ibidem.
[70] ARISTOTELES. *Etica a Nicomaco.* 5. 10. 1137 b. Trad. María Araujo y Julián Marías. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, p. 86.
[71] P. G. CARON. *"Aequitas*… Opus. Cit., p. 6.

concreto cuando ella se muestra inicua o conduce a una iniquidad; **b)** El positivo que le permite al juez buscar por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.[72]

Uno de tales postulados ha sido recogido y expuesto hoy por la Corte Constitucional[73] en los siguientes términos:

> "Pues bien, en una situación como la que se ha descrito no cabe hacer una aplicación estricta de la ley, sin vulnerar el principio de equidad que gobierna también la actuación judicial (C.P., art. 230). De acuerdo con este principio, cuando el juez está en la tarea de aplicar la norma legal al caso concreto debe tener en cuenta las circunstancias propias del mismo, de manera que la voluntad del legislador se adecue a los distintos matices que se presentan en la vida real.
>
> La tarea del legislador y la del juez son complementarias. El Congreso dicta normas de carácter general y abstracto, orientadas hacia la consecución de ciertos fines. Estas normas, por bien elaboradas que sean, no pueden en ningún momento incorporar en su texto los más distintos elementos que se conjugan en la vida práctica, para configurar los litigios concretos. Así, ellas no pueden establecer o comprender las diferenciaciones que deben introducirse en el momento de solucionar los conflictos concretos, con el objeto de que la resolución de los mismos tenga en cuenta las particularidades de los hechos y de las personas que intervienen en ellos. Esa función le corresponde precisamente al juez, quien es el que puede conocer de cerca el conflicto y la situación de las partes involucradas. Por eso, el juez está llamado a afinar la aplicación de la norma legal a la situación bajo examen, con el objeto de lograr que el espíritu de la ley, que el propósito del legislador, no se desvirtúe en el momento de la aplicación, por causa de las particularidades propias de cada caso.
>
> Lo anterior no implica que el juez desatienda la norma legal, se aparte de la voluntad del legislador, sino que la module al caso concreto, evitando inequidades manifiestas o despropósitos, resultados que en todo caso también habría impedido el legislador si los hubiera podido prever. Es decir, de lo que se trata es de poner en vigencia el principio de colaboración entre la distintas ramas del poder público, lo cual implica que el juez colabore en el desarrollo de la norma dictada por el legislador, al adaptarla al caso concreto."

Al aplicar estos criterios al caso sub judice, la Sala observa que si bien en el contrato, que es ley para las partes, se previó un ajuste de precios cada 12 meses; es evidente que un periodo inferior a este pueden existir diferencias entre los valores inicialmente

---

[72] Ibidem, p. 98-104.
[73] Sentencia T-518 de 1998.

pactados para los distintos ítems y los efectivamente erogados; entonces, aplicar a esta circunstancia la cláusula contractual sobre ajuste de precios, en toda su literalidad, genera un desequilibrio entre los intereses del contratista y la entidad contratante. Para restablecer el equilibrio la Sala empleará en este asunto la equidad y por ello dispone la aplicación proporcional de la norma contractual sobre ajuste de precios, es decir, que pese a que no transcurrieron los doce meses previstos en el contrato como requisito para ajustar los precios, se utilizará el método allí previsto para ajustarlos al lapso inferior que sí transcurrió, es decir, al periodo de 10 meses y dieciocho días que efectivamente tomó la ejecución del contrato, después del pacto adicional.

En este sentido la Sala constata que la prueba de tal actualización de precios que obra dentro del expediente, es el acta elaborada por el interventor del contrato, y en la misma se verifica que no se especificaron las fechas de las obras a cuyos valores se les realizaba la actualización, pues se organizó un solo ítem de “obras ejecutadas entre el 13 de diciembre de 2007 y el 14 de abril de 2010”, esto es, durante toda la vigencia del contrato. Ante esta realidad probatoria, se condenará en abstracto para que en el incidente correspondiente de liquidación se demuestren los siguientes criterios objetivos que concretan la aplicación de la equidad que aquí se dispone: i) cuáles fueron las obras realizadas por el contratista entre el 25 de agosto de 2009 y el 13 de julio de 2010, y cuál fue su valor ii) Cuál fue la variación del índice de costos de la construcción pesada, en cada uno de los grupos, a fin de aplicarla proporcionalmente, es decir, emplear la variación ocurrida con dichos índices, entre el 25 de agosto y la fecha de entrega de cada obra realizada.

Así las cosas, se revocará parcialmente la sentencia y se condenará en abstracto a ajustar los precios, conforme a los lineamientos arriba indicados, a las obras realizadas entre el 25 de agosto de 2009 y 13 de julio de 2010.

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 y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia del 20 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, y en su lugar se dispone.

PRIMERO: DECLARAR que el Departamento del Casanare incumplió el contrato de obra pública No. 705 de 2007, en cuanto al ajuste de precios de las obras realizadas con posterioridad al contrato adicional suscrito el 25 de agosto de 2009.

SEGUNDO: CONDÉNESE EN ABSTRACTO AL DEPARTAMENTO DEL CASANARE A PAGAR, a las sociedades MIKO S.A.S. Y MEYAN S.A, el valor que resulte probado, por concepto de ajuste de precios de las obras realizadas entre el 25 de agosto de 2009 y el 13 de julio de 2010, conforme a los lineamientos consignados en la parte resolutiva de este fallo. La suma resultante será distribuida proporcionalmente entre las dos sociedades demandantes, entregándosele a cada una de ellos el 50% de lo efectivamente resulte probado.

TERCERO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese,

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente

JCGO.