



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA-SGC

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
Palacio de Justicia – Oficina 418
ventanillatriadmsan@ceudoj.ramajudicial.gov.co

EDICTO

LA SUSCRITA SECRETARIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER POR MEDIO DEL PRESENTE EDICTO NOTIFICA A LAS PARTES LA SENTENCIA DICTADA EN EL EXPEDIENTE:

RADICADO: **680012331000-2011-01109-00**

PONENTE: IVAN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA

DEMANDANTE: CONCAYS.A.

DEMANDADO: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVIA

NATURALEZA: Controversias Contractuales

FECHA SENTENCIA: 30 DE NOVIEMBRE DE 2023

EL PRESENTE EDICTO SE FIJA EN LA PAGINA WEB DE LA RAMA JUDICIAL EN LA SECCIÓN SECRETARÍA GENERAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER, POR EL TÉRMINO DE TRES (03) DIAS, COMPRENDIDO ENTRE LAS 08:00 A.M DEL **01 DE FEBRERO DE 2024** HASTA LAS 04:00 P.M DEL **05 DE FEBRERO DE 2024**.

Firmado Por:

Daissy Paola Diaz Vargas

Secretario

Mixto

Tribunal Administrativo De Bucaramanga - Santander

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f079716d37113bdcc7f65187d7e9c7bd9ce2a55ad2f20d0e05a59f7bbed4f431**

Documento generado en 31/01/2024 02:59:33 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
Mag. Ponente IVÁN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA

Bucaramanga, treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
Exp. No. 680012331000-2011-01109-00

DEMANDANTE:	CONCAY S.A.
DEMANDADO:	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVIAS njudiciales@invias.gov.co
MINISTERIO PÚBLICO:	DIANA F MILLAN SUAREZ PROCURADORA 17 JUDICIAL II dfmillan@procuraduria.gov.co
ACCION	CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Se encuentra al Despacho el proceso que en ejercicio de la acción de **controversias contractuales** instaura la sociedad **CONCAY S.A.** en contra del **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVIAS**, para proferir decisión de fondo una vez verificada la inexistencia de causal que invalide lo actuado y encontrándose rituada la actuación en su totalidad, previa reseña de los siguientes antecedentes:

ANTECEDENTES

La Demanda

Pretensiones

“1.- Que se declare a la NACIÓN - INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVIAS) contractualmente responsable de los perjuicios materiales causados a la sociedad demandante CONCAY S. A., por su decisión de no reconocer los sobrecostos en la ejecución del Contrato N° 1351 de 2005.

2.- Como consecuencia de la anterior declaración, que se condene a la NACIÓN INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVIAS) a la sociedad CONCAY S. A. o a quien represente sus derechos, como indemnización por el daño antijurídico causado los siguientes perjuicios materiales:

2.1.- Daño emergente: representado en los sobrecostos que hubo de solventar la sociedad CONCAY S. A. por la compra de los insumos asfalto en refinería, fuel oil y ACPM, necesarios para la cabal ejecución del objeto del Contrato N° 1351 de 2005 y que ascienden a la suma aproximada de \$300'775.535, sobrecostos que deberán ser actualizados con base en las fórmulas de matemáticas financieras aplicadas por la jurisprudencia contencioso administrativa desde la fecha en que han debido ser pagados.



2.2.- Lucro Cesante: representado en los intereses moratorios causados, que deberán ser calculados desde las fechas en que han debido ser canceladas las sumas correspondientes a los sobrecostos pagados por CONCAY S. A. para el suministro a la obra de insumos esenciales para la ejecución del contrato -que es el momento en el que nació la obligación de pago- y hasta cuando se suceda el pago total de la indemnización, suma que aproximadamente asciende a \$256'937.138.

3.- Que se condene en costas a la NACIÓN INSTITUTO NACIONAL DE VIAS (INVIAS), de acuerdo con lo previsto en los artículos 171 y 172 del Código Contencioso Administrativo y en el párrafo 3° del artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

4.- Que se prevenga a La NACIÓN - INSTITUTO NACIONAL DE VIAS (INVIAS) sobre su obligación de darle cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.”

Fundamento Fáctico:

En síntesis, se expone en la demanda que:

1. El 22 de agosto de 2005, el Instituto Nacional de Vías - INVIAS y CONCAY S. A. celebraron el Contrato número 1351 de 2005, que tenía por objeto "realizar el diseño, reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la vía Grupo 75 Tramo 1 (P) Cimitarra - Puerto Araujo con una longitud de 19 kilómetros del KO+000 al K19+000 Tramo 1 (R) Cimitarra - Puerto Araujo del K19+000 al K20+000 con una longitud de 1 kilómetro, en el departamento de Santander", de conformidad con los Pliegos de Condiciones de la Licitación Pública DG-164-2004, la propuesta presentada por el Contratista corregida y aceptada por el Instituto y las cláusulas del contrato, a los precios unitarios cotizados para los diferentes ítems presentados en la propuesta, de acuerdo con las especificaciones generales de carreteras vigentes del Instituto y las particulares incluidas el ANEXO TÉCNICO, contenidos en el Formulario No. 4"
2. Las Ordenes de Iniciación de la etapa de Estudios y Diseños y la de etapa de Construcción fueron impartidas por el Secretario General del INVIAS los días 4 de noviembre de 2005 y 4 de febrero de 5, respectivamente, de acuerdo con lo previsto en los párrafos tercero y cuarto de la cláusula cuarta del contrato.
3. La cláusula quinta del contrato señaló que la vigilancia y control de ejecución del contrato correspondería al INVIAS.
4. En la cláusula sexta del contrato se advierte que "Cuando fuere necesario suscribir Actas de modificación de cantidades obra (sic) o modificar el valor



o el plazo del contrato, EL CONTRATISTA deberá ajustar el programa de obra a dicha modificación, para lo cual deberá someter a aprobación del INSTITUTO, a través del Consultor de Apoyo a la Gestión, y con el visto bueno de la Interventoría, el nuevo programa de obra, previo a la suscripción del documento mediante el cual las partes acuerden dicha modificación".

5. El 28 de diciembre de 2006, el INVIAS y CONCAY S.A. suscribieron el Contrato número 1351-01-2005, "adicional número uno (1) al Contrato principal número 1351 de 2005", adicionar en valor y "para completar la meta física en aproximadamente 5 kilómetros comprendidos del K4+000 al K9+000"
6. Las obras comprendidas en el Contrato principal y en su Adicional número uno, fueron recibidas a satisfacción por el INVIAS, como consta en el Acta de Recibo Definitivo o Final de la Obra, suscrita por las partes el día 18 de septiembre de 2007.
7. El 15 de octubre de 2008, el Representante Legal de CONCAY le dirigió una comunicación al INVIAS en la que le solicitaba que, en la liquidación del contrato de común acuerdo, se incluyera los valores correspondientes al asfalto en refinería, el fuel oil y el ACPM, dado que los ajustes para los precios unitarios presentados por CONCAY al cierre de la licitación no cubrieron su imprevisible incremento. Entre los meses de marzo de 2005 y septiembre de 2007 el valor del asfalto tuvo un incremento del 31.44%, el del fuel oil del 59.71% y el del ACPM del 47.88%, mientras que el ajuste contractual tan solo fue del 13.57%, siendo así que CONCAY tuvo que asumir un sobre costo total de \$300'775.535.
8. El 12 de diciembre de 2008, la Interventoría del contrato emitió su concepto respecto a la reclamación presentada por CONCAY en el que afirmó que "los documentos anexos (enviados por Concay S. A.) son los correspondientes al tipo de reclamación y los cálculos matemáticos incluidos en los formatos anexos, son concordantes con la diferencia de precios entre los costos de los productos de Ecopetrol y los ajustes pagados por la entidad contratante".
9. La Consultoría de Apoyo, por su parte, fijó su posición en contra de la reclamación de CONCAY en oficio del 19 de enero de 2009, aduciendo básicamente que le correspondía al contratista asumir los sobrecostos.
10. No obstante el concepto de la Interventoría del contrato que encontró concordante el reclamo de CONCAY con la diferencia de los precios presentada durante la ejecución del contrato, en oficio del 14 de septiembre de 2009, el INVIAS acogió en un todo el pronunciamiento de la Consultoría de Apoyo y mantuvo la tesis de que no se había configurado el desequilibrio económico alegado por el contratista.
11. Luego de muchos meses de tardanza y a pesar de que el 28 de mayo de 2009, CONCAY le hubiera dirigido una carta al Director del Instituto en la que



lo apremiaba a cumplir su deber legal de liquidar unilateralmente el contrato *-dado que se resistía a la liquidación de común acuerdo con salvedades del contratista-*, finalmente el INVIAS procedió a remitir a CONCA Y el Acta de Liquidación 000081 del 20 de noviembre de 2009, que reproducía un proyecto de acta de liquidación del contrato de común acuerdo, suscrito por las partes el 23 de abril de 2009. Además de las salvedades que incluyó CONCA Y en el acta, en las que solicitó que se incluyeran los valores correspondientes a los incrementos imprevisibles del asfalto, el fuel oil y el ACPM, frente a los cuales resultaron insuficientes los ajustes y los imprevistos pactados, la Consultoría de Apoyo dejó sentada una nota en la que insiste en que "no hay lugar a reconocimiento alguno... puesto que lo que sucedió obedeció a que el contratista presentó una oferta económica muy por debajo de los presupuestos oficiales, generándose no un desequilibrio económico sino una reducción en la utilidad esperada por el contratista".

Trámite en Primera Instancia

Admitida la demanda y notificada a la parte demandada, se ordenó fijar en lista el proceso para posteriormente abrir el proceso a pruebas. Finalizado el término probatorio, se corrió traslado para alegar, destacándose dentro del trámite procesal lo que sigue:

Contestación a la Demanda

El **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS INVIA S** contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. Aduce la defensa que no es admisible que el contratista pretenda recuperar la reducción de la utilidad esperada, cuando la misma obedeció a su propia culpa al haber presentado una oferta disminuyendo ostensiblemente el presupuesto oficial, a efecto de obtener la adjudicación del contrato, para luego, sin justificación alguna pretender alegar el desequilibrio demandado, buscando un beneficio que le equilibre sus propias cargas.

Como excepciones propuso:

INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO: El contratista contaba con las herramientas para determinar el comportamiento de las variaciones de precios de los insumos de asfalto, fuel oil y ACPM, y sin embargo, subestimó los costos al reducir el precio para el concreto asfáltico en un 24.47% con lo cual asume el riesgo precio.



El precio establecido por el INVIAS en el presupuesto oficial consideró las variaciones de los precios de los insumos para el concreto asfáltico.

INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO RECLAMADO: Para el VINVIAS y para la consultoría de apoyo, ante la existencia de una cláusula de ajuste de precios que válidamente pactaron las partes contratantes en el contrato No. 1351 de 2005 – Parágrafo Segundo, Cláusula Séptima- y la cual se obligaron, y cuya fórmula reconoce y actualiza los incrementos de los insumos de la construcción con los que el contratista reclama en su demanda, impide que la entidad contratante puede acceder a sus pretensiones relacionadas con el aumento en los precios derivados del petróleo y el cemento.

REDUCCIÓN EN LA PROPUESTA ECONÓMICA PRESENTADA POR EL PROPONENTE CONCAY S.A.: El contrato se pactó por el sistema de precios unitarios y se acordó una fórmula de ajuste de precios contenida en la Cláusula Séptima, Parágrafo Segundo, acordando un ajuste de precios unitarios de cada una de las actividades de obra presentadas en la propuesta económica del contratista.

FALTA DE COMUNICACIÓN POR PARTE DE CONCAY A LA ENTIDAD PÚBLICA DEMANDADA INFORMANDO DEL POSIBLE EQUILIBRIO ECONÓMICO: El INVIAS conoció del presunto sobrecosto e imprevisto en la comunicación que dirige el Representante Legal de CONCAY dirigió el día 15 de octubre de 2009, esto es, después de suscribir el acta No. 06 de recibo final de contrato de obra fechada el 18 de septiembre de 2007.

En curso de la ejecución del contrato No. 1351 de 2005, las partes suscribieron dos contratos adicionales y una modificación al contrato adicional, sin que el contratista informara sobre el presunto sobrecosto.

Alegatos de Conclusión y Concepto de Fondo

1. **PARTE DEMANDANTE** reitera los argumentos expuestos en la demanda al considerar que las adiciones suscritas, no se relacionan con el aumento del precio del asfalto, fuel oil y el ACPM, ni su incidencia en la ejecución de las obligaciones del contrato, por lo que, estando demostrado el desequilibrio contractual, debe accederse a las súplicas de la demanda.
2. **PARTE DEMANDADA** sostuvo en ningún momento durante la ejecución del contrato No. 1351 de 2005 se afectó su equilibrio económico, por lo que, no existió conducta constitutiva de incumplimiento por parte del INVIAS. Reiteró que el INVIAS solo conoció del presunto sobre costo después de haberse suscrito el Acta No. 6 de recibo final del contrato.



3. El **Ministerio Público** no rindió concepto de fondo.

CONSIDERACIONES

Competencia

Recae en esta Corporación, en orden a lo dispuesto por el Art. 133.6 del Código Contencioso Administrativo.

Problema Jurídico

Corresponde a la Sala determinar **¿si existió un desequilibrio de la ecuación económica del contrato de obra pública No. 1351 de 2005 suscrito entre el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS INVIAS y CONCAY S.A., por la presunta ocurrencia de hechos imprevistos e imprevisibles para el contratista?, de resultar cierto lo anterior, establecer ¿si el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS INVIAS, es responsable contractualmente por el desequilibrio de la ecuación económica del contrato No. 1351 de 2005?**

El principio del equilibrio contractual es entendido como una protección frente a la alteración entre facultades y deberes jurídicos, lo que se traduce en el deber que tiene la Entidad Estatal de restaurarlo al existente, al momento de proponer o de perfeccionar la relación comercial o de reducirlo a proporciones justas. El régimen de contratación de la Administración Pública reconoce la necesidad de mantener las condiciones económicas del contrato a lo largo de su ejecución, y la consagra no solo como una obligación a cargo de las autoridades contratantes sino, también, como un derecho que favorece a las dos partes.

El equilibrio de la ecuación financiera del contrato se encuentra en armonía con la equivalencia de las prestaciones pactadas por los contratantes al momento de hacer la oferta, o de celebrar el contrato, según sea el caso; por lo cual, si dicho equilibrio se altera, surge la necesidad de restablecerlo bien sea llevando el estado del contrato al punto de no pérdida o, dando paso a la indemnización cuando las causas de su alteración son atribuibles a la administración.

Cabe precisar en primer lugar que, las condiciones económicas que las partes acordaron al momento, tanto de elaborar la presentación de la oferta, como al celebrar el contrato mismo, deben mantenerse durante el cumplimiento y ejecución, por manera que, acorde con el principio de "*pacta sunt servanda*", que alude a la



firmeza y solidez del vínculo contractual¹, emerge la denominada “*cláusula rebus sic stantibus*”², como instituto en virtud del cual, las estipulaciones contractuales que acuerdan las partes del contrato descansan sobre las circunstancias existentes al momento en el que se pactan, por lo que, ante la alteración sustancial de la economía del contrato generada por la ocurrencia de circunstancias **sobrevinientes** e **impredicibles**, las partes tienen derecho a pedir el restablecimiento del equilibrio económico³. Lo anterior, no sin antes advertir que, no toda variación de la ecuación financiera constituye un rompimiento del equilibrio económico o financiero del contrato⁴, al entenderse que existen riesgos propios que se derivan de la actividad contractual que deben ser asumidos por las partes. De esta manera, se ha señalado que la equivalencia prestacional en el contrato puede verse afectada por: (i) factores externos a las partes - “teoría de la imprevisión”-; (ii) por actos de la entidad contratante que modifiquen las condiciones inicialmente pactadas -“*ius variandi*”-; y (iii) por actos de la administración como Estado -“hecho del príncipe”-⁵.

No obstante, es necesario mencionar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que no toda alteración del equilibrio financiero del contrato estatal da lugar a su restablecimiento. Lo anterior, en los siguientes términos:

“3. De la institución del equilibrio financiero del contrato. Consideró el demandante que durante la ejecución del contrato se alteró en su contra la ecuación contractual y, por contera, reclamó su restablecimiento. Sobre el tema del equilibrio económico-financiero del contrato se ha pronunciado esta Sección en los siguientes términos: “Se recuerda que un principio tutelar del contrato como acuerdo de voluntades generador de obligaciones es el pacta sunt servanda, según el cual las estipulaciones acordadas por las partes al celebrar un contrato, deben prevalecer durante todo el término de ejecución del mismo y sólo pueden variarse por un nuevo acuerdo de voluntades: en consecuencia, una de las partes no puede, en principio, unilateralmente, desconocer las condiciones en las que se obligó inicialmente y debe cumplir las prestaciones a su cargo exactamente en los términos en que se comprometió a hacerlo. Manifestación positiva de este principio, es el artículo 1602 del Código Civil, de acuerdo con el cual ‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. No obstante lo anterior, en consideración de las variaciones que pueden surgir en las condiciones que dieron lugar a la celebración del respectivo contrato y que pueden afectar gravemente su cumplimiento, el pacta sunt servanda ha sido morigerado mediante la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, que corresponde a la regla jurídica contractus qui habent tractum succesivum vel dependiant de futuro rebus sic stantibus intelliguntur: todo acuerdo de voluntad, de tracto sucesivo, cuyos efectos se extienden al futuro, obliga a las partes

¹ Principio pacta sunt servanda consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, acorde con el cual, todo contrato acordado entre las partes tiene fuerza de ley para quienes lo celebran, por lo que, las obligaciones que de él emanan no pueden ser desconocidas ni modificadas por uno solo de los contratantes.

² Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el principio del *rebus sic stantibus* “postula la implícita inclusión en su contenido de una condición necesaria, esencial, fundamental e imprescindible para el cumplimiento, atañedora a la permanencia constante del marco de circunstancias fácticas o jurídicas, o estado de cosas primario, a cuya invariabilidad sujeta su obligatoriedad, y aún cuando, hay distintas posturas acerca de su exacto origen, suele atribuirse a la escuela del derecho medieval inspirada en las fuentes romanas”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 21 de febrero de 2012.

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2016. Rad.: 38449

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 2018. Rad.: 52666.

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de enero de 2016. Rad.: 38449.



contratantes sólo si las condiciones originalmente previstas se mantienen inalteradas. Con lo cual, surge la figura de la ecuación contractual, como aquella equivalencia entre derechos y obligaciones que existía al momento de contratar, creada a partir de las precisas circunstancias de índole económica, técnica, fiscal, etc., vigentes a la celebración del negocio jurídico y que fueron tenidas en cuenta por los contratantes al obligarse en la forma en que lo hicieron. Al hablar del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, se hace alusión, precisamente, a la preservación de esa ecuación contractual que surgió al momento de celebrarse aquel. Es claro entonces que, por regla general, esta figura se manifiesta en los contratos de tracto sucesivo, en los que las prestaciones se van realizando en un lapso más o menos largo; por ejemplo, los contratos de suministro, de prestación de servicios o de obra pública, en los cuales, hechos sobrevinientes a la celebración del contrato y que se presentan durante su ejecución, que no eran razonablemente previsibles por las partes cuando se suscribió el acuerdo de voluntades, pueden afectar de manera grave el cumplimiento de las obligaciones haciéndolo más gravoso para una de ellas¹⁰." La doctrina extranjera ha concebido el equilibrio financiero del contrato como la relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del contratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes.⁶" Por su parte, algunos tratadistas nacionales estiman que la equivalencia económica del contrato debe entenderse como, la garantía que el derecho le otorga a la órbita patrimonial del contratista como un justo límite a la supremacía que ostenta la Administración Pública, en sus relaciones jurídicas, como titular del poder de imperium del Estado y gestora del interés público⁷. En sus inicios, la institución del equilibrio financiero del negocio jurídico se concibió como un privilegio en cabeza del contratista particular que buscaba salvaguardar sus intereses económicos del poder dominante que investía a la entidad estatal contratante, poder que se traducía en el ejercicio de las potestades excepcionales otorgadas a esta última por el ordenamiento jurídico. No obstante, ese entendimiento sufrió una variación al aceptar que el restablecimiento de las cargas económicas del contrato podía reconocerse en cabeza de cualquiera de los extremos que concurrieran a la relación jurídico negocial, tal cual lo consagró el artículo 20 del Decreto-ley 222 de 1983, al disponer que cuando procediera la modificación unilateral del contrato "c) Debe guardarse el equilibrio financiero para ambas partes". En la misma línea, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 contempló que si alguna de las partes de la relación contractual resultare afectada con la ruptura de la ecuación financiera del contrato, estaría facultada para adoptar las medidas necesarias en procura de su restablecimiento. Ahora bien, la noción del equilibrio económico de los contratos estatales permite identificar una doble dimensión, la primera relacionada con la equivalencia objetiva de las prestaciones y la segunda referida al respeto de las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración¹³⁻¹⁴. (...)

ECONOMIA DEL CONTRATO - Puede ser impactado por el fenómeno inflacionario cuando afecta los costos del contrato / **RUPTURA DESEQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO** - Debe analizarse cada caso en particular para determinar la procedencia de incluir mecanismos de revisión de precios **ECONOMÍA DEL CONTRATO** - Puede ocurrir que la inflación no impacte variables incluidas en la fórmula de reajuste y que tampoco afecte los costos del contrato. No se estaría frente a una ruptura del equilibrio económico financiero del contrato. El fenómeno inflacionario puede tener la virtualidad de impactar la economía del contrato, cuando afecta los costos del mismo; así, cuando la fórmula de reajuste pactada está concebida en función de la variación de los factores que inciden en la determinación de los costos del contrato, la inflación puede aumentar dichos costos, pero la fórmula corregirá los precios exactamente en la misma proporción (incluyendo la utilidad,

⁶ MARIENHOFF, Miguel. "Contratos Administrativos Teoría General." En tratado de Derecho Administrativo. Tomo III -A.4. Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Pág. 469.

⁷ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública; editorial Legis Editores. Bogotá. Año 20000. Pág. 401.



puesto que dentro de la estructura de los precios unitarios ella hace parte integrante de los mismos, de modo que el valor de la remuneración intrínseca del contratista se mantendrá incólume. También puede suceder que, como consecuencia de un hecho económico imprevisible, se altere el valor de la remuneración pactada, porque se afecten factores que inciden en la determinación de los costos del contrato que no fueron incluidos como variables de la fórmula de reajuste, de manera que el deflador de precios utilizado no permita mitigar el efecto negativo que se produce en la economía del negocio; cuando esto sucede, debe analizarse en cada caso particular si se presenta ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato y si resulta procedente arbitrar mecanismos de revisión de precios. Pero, igualmente, puede ocurrir que la inflación no impacte variables incluidas en la fórmula de reajuste y que tampoco afecte los costos del contrato (cuando los que suben son los precios de los productos de la canasta familiar, por ejemplo), caso en el cual se sale de la órbita contractual y, por ende, no se está frente a una supuesta ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato, sino ante un factor exógeno que - se insiste- no afecta la economía de aquél sino a la economía en general, que es la hipótesis sobre la cual se edifican las pretensiones de la demanda. En este caso específico, la Sala considera que el deflador utilizado cumplió su función, pues corrigió los precios involucrados en la ejecución del contrato en la misma proporción que sufrieron afectación a lo largo de la ejecución del contrato.”⁸

Cabe referir que, no deben confundirse la responsabilidad contractual y la teoría del equilibrio o equivalencia económica del contrato. Mientras la teoría del **equilibrio** de la ecuación económica del contrato apunta a procurar que en la ejecución del contrato persistan las condiciones técnicas, económicas o financieras que se encontraban presentes al momento en que éste se celebró, el **incumplimiento** de las obligaciones de las partes en virtud del negocio jurídico se ubica en el marco de la **responsabilidad contractual**, esto es, deviene de la inexecución o la ejecución imperfecta o tardía de una obligación previamente estipulada en un contrato existente y válido⁹.

Es importante mencionar además que, una vez las partes suscriben el contrato, éste se convierte en ley para ellas y se torna obligatorio su cumplimiento en los términos pactados, de acuerdo con el principio pacta sunt servanda (art. 1602, C.C.), situación que no impide que situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes (lo que sucede en lo que tiene que ver con caso de la teoría de la imprevisión) o imputables a una actuación legal de la contratante (en el caso del hecho del príncipe), puedan alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave imposibilitando su ejecución, la hagan mucho más onerosa para la parte afectada, en lo que se conoce como el rompimiento del equilibrio económico del contrato, evento en el que, en virtud del principio rebus sic stantibus, surge el deber de restablecerlo mediante una indemnización integral de perjuicios -en el caso del hecho del príncipe-, o llevando

⁸ CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 85001-2331-000-1998-00168-01(17660)

⁹Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 15 de julio de 2020. Rad.:28794



al contratista a un punto de no pérdida (art. 5º, Ley 80/93), mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que incurrió, por hechos imprevistos e imprevisibles para las partes.

No resulta suficiente para el interesado reclamar el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, sino que debe demostrar que la economía del contrato se alteró por causas que no le son imputables, que ejecutó las prestaciones u obligaciones adquiridas y que realizó erogaciones mayores o superiores a las que en un alea normal se hubiese realizado, siendo entonces, el mayor costo para el contratista el daño cuyos perjuicios se repararía.

Del caso en concreto:

Como se advierte de los antecedentes de la demanda, la parte actora busca que, se declare que, por hechos no imputables a la **Sociedad CONCAY S.A.**, la ejecución del contrato No. 1351 de 2005, cuyo objeto era “realizar el diseño, reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la vía Grupo 75 Tramo 1 (P) Cimitarra - Puerto Araujo con una longitud de 19 kilómetros del KO+000 al K19+000 Tramo 1 (R) Cimitarra - Puerto Araujo del K19+000 al K20+000 con una longitud de 1 kilómetro, en el departamento de Santander” sufrió hechos imprevistos e imprevisibles, lo que hizo que se aumentara su costo, rompiendo el equilibrio económico y financiero del contrato.

Estima la parte actora, que se debe indemnizar para restablecer el equilibrio económico del contrato, a CONCAY S.A., atendiendo a que, el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS INVIAS no adoptó las medidas necesarias para mantener el equilibrio de la ecuación económica del contrato.

Las pruebas aportadas al proceso:

Entre el **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS INVIAS** y **CONCAY S.A.**, se suscribió el contrato No. 1351 de 2005, suscrito el 25 de agosto de 2005, con el objeto del “realizar el diseño, reconstrucción, pavimentación y/o repavimentación de la vía Grupo 75 Tramo 1 (P) Cimitarra - Puerto Araujo con una longitud de 19 kilómetros del KO+000 al K19+000 Tramo 1 (R) Cimitarra - Puerto Araujo del K19+000 al K20+000 con una longitud de 1 kilómetro, en el departamento de Santander”, por un valor de \$5.093.983.176.00, con plazo máximo de hasta veinte (20) meses. En la cláusula Séptima, Parágrafo Segundo, del contrato se acordó el ajuste de valor, 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 del ICCP, correspondiente al periodo comprendiente al periodo comprendido entre*



la fecha del cierre de la licitación y los doce meses siguientes y así sucesivamente hasta el vencimiento del plazo del contrato. Las cantidades de obra que no se ejecuten dentro del programa anual de intervenciones no estarán sujetas a la actualización prevista anteriormente, sino que serán pagadas a los precios de la anualidad en la cual debieron haber sido ejecutados. Las anualidades se entienden como periodos de doce (12) meses contados a partir de la fecha del cierre de la Licitación. (...)

El día 04 de noviembre de 2005, se emitió orden de iniciación de los trabajos.

En desarrollo de la ejecución del contrato, las partes suscribieron los siguientes contratos adicionales:

El día **28 de diciembre de 2008**, las partes **adicionaron** el contrato 1351 de 2005, en la suma de *“DOS MIL DOSCIENTOS SEIS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$2.206.831.462,00), para un valor total acumulado de SIETE MIL OCHOCIENTOS DIECISIETE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$7.817.895.542,00), MONEDA CORRIENTE, incluido el valor por actualización de precios.”*

Acorde con lo plasmado en la adición del 28 de diciembre de 2008, se conoce que al contratista le fue reconocida **actualización de precios año 2006, el día 14 de diciembre de 2006, por un valor de \$229.598.938** incluido IVA, y por acta de **actualización de precios año 2007 de fecha 14 de diciembre de 2006, se le reconoció un valor de \$287.481.966,00** incluido IVA, para un total de ajustes de \$517.080.904.

El día **03 de agosto de 2007**, las partes firmaron adición No. 1 al contrato No. 1 prorrogando el plazo del contrato en el término de cuarenta y cinco (45) días contados a partir del vencimiento del contrato, fijándose como nueva fecha de vencimiento el día 17 de agosto de 2007.

El **03 de julio de 2007**, se firmó nueva prórroga del contrato principal por el término de 2 meses, finalizando el plazo del contrato el día 04 de septiembre de 2007.

Las obras comprendidas en el Contrato principal y en su Adicional número uno, fueron recibidas a satisfacción por el INVIAS, mediante Acta de Recibo Definitivo o Final de la Obra, suscrita por las partes el día 18 de septiembre de 2007.

El **15 de octubre de 2008**, el Representante Legal de CONCA Y le dirigió una



comunicación al INVIAS en la que le solicitó incluir en la liquidación del contrato de común acuerdo, los valores correspondientes al asfalto en refinería, el fuel oil y el ACPM, dado que los ajustes para los precios unitarios presentados por CONCA Y al cierre de la licitación no cubrieron su imprevisible incremento.

El 12 de diciembre de 2008, la Interventoría del contrato emitió concepto respecto a la reclamación presentada por CONCA Y indicando que *"los documentos anexos (enviados por Conca y S. A.) son los correspondientes al tipo de reclamación y los cálculos matemáticos incluidos en los formatos anexos, son concordantes con la diferencia de precios entre los costos de los productos de Ecopetrol y los ajustes pagados por la entidad contratante"*.

La Consultoría de Apoyo, en oficio del 19 de enero de 2009 negó el reconocimiento económico petitionado por CONCA Y, aduciendo al considerar que le correspondía al contratista asumir los sobrecostos, dado que: (i) se trataba de un riesgo que debía prever por su experticia y especialidad; (ii) en el contrato se pactaron unos ajustes de precios que fueron recibidos por el contratista con el pago de cada una de las actas de obra ejecutada; (iii) se pactó en el contrato unos imprevistos del 4%, contra los cuales el contratista debía imputar cualquier variación de precios; (iv) el aumento de los precios de los insumos referidos eran previsibles; y, (v) el contratista bajó los precios de su propuesta "como estrategia para ganar la licitación".

Mediante **oficio del 14 de septiembre de 2009**, el INVIAS acogió el pronunciamiento de la Consultoría de Apoyo para considerar que no se había configurado el desequilibrio económico alegado por el contratista, por cuanto *"El reconocimiento de la ecuación económica del contrato (sic) depende de la inimputabilidad del hecho generado en cabeza de quien lo alega, en este caso del Contratista a quien, seguramente, le faltó diligencia en la realización de los estudios necesarios en la fase preparatoria; Es por todo lo expresado que, el Contratista debe aceptar las consecuencias económicas de sus propias fallas, máxime si dadas las calidades particulares de su profesión y su experiencia en el campo de la construcción, estaba en condiciones de anticipar y prever los riesgos que alega y sobre los cuales fundamenta su solicitud (...) Las peticiones elevadas por ustedes, no son de recibo de la entidad, por las razones expuestas en párrafos anteriores y además, porque en el supuesto de que tal desequilibrio se hubiese dado, el Contratista está en la obligación de asumirlo, teniendo en cuenta que dentro de su propuesta, él mismo, a su cuenta y riesgo, determinó un porcentaje del 4% de Imprevistos"*.

El INVIAS procedió a remitir a CONCA Y el Acta de Liquidación 000081 del 20 de noviembre de 2009. En esa oportunidad, además de las salvedades que incluyó



CONCAY en el acta, en las que solicitó que se incluyeran los valores correspondientes a los incrementos imprevisibles del asfalto, el fuel oil y el ACPM, frente a los cuales resultaron insuficientes los ajustes y los imprevistos pactados, la Consultoría de Apoyo dejó sentada una nota en la que insiste en que *"no hay lugar a reconocimiento alguno... puesto que lo que sucedió obedeció a que el contratista presentó una oferta económica muy por debajo de los presupuestos oficiales, generándose no un desequilibrio económico sino una reducción en la utilidad esperada por el contratista"*.

En curso del proceso se recibió la declaración de la señora ADRIANA CAROLINA PAIPA CARRANZA, como testigo de la parte demandada, quien refirió que el contrato 1351 de 2005 se desarrolló y ejecutó de acuerdo a las condiciones pactadas. Explicó que el pliego de condiciones establecía que el contratista debía prever dentro de sus precios unitarios todos los materiales, equipos, personal, imprevistos y utilidad para ejecutar el proyecto. Agregó que los imprevistos corresponden a la posibilidad que se presenten sobrecostos adicionales en la ejecución del proyecto, sobrecostos que, para el presente caso, el contratista propuso en el 1% del valor del contrato de acuerdo a su experiencia.

Del desequilibrio alegado en el presente caso:

La Sala denegará las pretensiones de la demanda al estar demostrado que CONCAY S.A., en curso de la ejecución del contrato suscrito con el INVIAS, no presentó de manera oportuna reclamaciones o salvedades que le permitieran acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a formular las pretensiones de desequilibrio económico del contrato que invoca a través del presente proceso. Adicionalmente, no se demostró que la parte actora hubiera sufrido una afectación económica extraordinaria que le haya dificultado la ejecución del contrato.

En referencia con las reclamaciones o salvedades de hechos que generan ruptura del equilibrio financiero y la efectividad para efectos de restablecer el equilibrio económico, se ha resaltado por parte de la Jurisprudencia la necesidad de que su presentación sea oportuna, definiendo la oportunidad como **el momento en que se suscriban suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes**, etc., pues debe entenderse que a través de éstos actos que modifican las cláusula del contrato en cuanto a plazo o valor, las partes haciendo uso de las facultades conferidas en los artículos 16 y 27 de la Ley 80 de 1993, pretenden superar las situaciones que alteran el equilibrio económico, razón por la cual, es al momento de modificar el contrato inicial que el contratista debe presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades, bien por incumplimiento de los términos del contrato, por su variación o por causas sobrevinientes ni imputables



a quienes intervienen en la relación contractual. Lo anterior resulta consonante con el principio de la buena fe contractual *“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”*¹⁰ (Se subraya). Bajo lo anterior, ha señalado el Honorable Consejo de Estado que ***“...si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.”***¹¹

Ha referido la jurisprudencia que al suscribir actos contractuales en los que se resuelvan vicisitudes surgidas en curso de la ejecución de contrato –como es el caso de las prórrogas, adiciones o suspensiones– sin dejar salvedad expresa sobre elementos de la relación jurídica en los que subsista alguna inconformidad, debe entenderse que quedan zanjadas todas las diferencias que hasta el momento de la suscripción del acto se presentaran, sin que quepa reclamarlas posteriormente por vía judicial. Se ha entendido que, al suscribir el acto voluntariamente, la parte ocasiona el daño que padece, por lo que la lesión sufrida le resulta es imputable a sí misma.¹² Ha inferido en consecuencia la máxima Corporación que, a partir del silencio de las partes, el restablecimiento en sede administrativa del equilibrio económico y la conformidad total de las partes con las condiciones de ejecución del contrato, cada vez que se celebre un convenio modificadorio de un contrato en ejecución, por lo que no cabe reclamación alguna. Lo anterior, en los siguientes términos:

*“Con otras palabras, se considera que la suscripción de contratos adicionales, modificadorios, 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”.*¹³

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 29 de enero de 2018, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Exp. 52666, antes citada.

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 23 de junio de 1992. Exp. 6032. Sentencia de del 29 de enero de 2018, exp. 52666.

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 28 de mayo de 2015, exp. 36644.



En el presente caso se encuentra demostrado que, las partes del contrato pactaron modificaciones al mismo en tres oportunidades. Esencialmente se destaca, como se mencionó anteriormente que el día **28 de diciembre de 2008**, las partes **adicionaron** el contrato 1351 de 2005, en la suma de **DOS MIL DOSCIENTOS SEIS MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$2.206.831.462,00)**, lo que arrojó un valor total acumulado del contrato de **SIETE MIL OCHOCIENTOS DIECISIETE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$7.817.895.542,00)**, sin que se realizara observación alguna por parte del contratista en relación a su no conformidad con los precios del contrato o con la necesidad de actualizar los mismos para cubrir aspectos relacionados con los precios de algunos elementos requeridos para el desarrollo del objeto contractual. Se destaca que, acorde con el contenido de la adición del contrato, la decisión de aumentar el valor del mismo estuvo precedida por una solicitud presentada por el mismo Contratista al considerar que los recursos eran necesarios para completar la meta física del objeto contractual en aproximadamente 5 kilómetros; consideración pese a la cual, no se incluyó solicitud de reconocimiento de mayores valores.

Adicionalmente, se firmaron adiciones al contrato los días 03 de julio y 03 de agosto de 2007, ampliando el plazo del contrato, oportunidades en las que, igualmente, el contratista se abstuvo de manifestar la necesidad de adoptar medidas para restablecer el equilibrio de la ecuación financiera.

Al respecto, resulta oportuno mencionar que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló:

“Así las cosas, es menester puntualizar los efectos jurídicos que en relación con reclamaciones pendientes tienen los negocios jurídicos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensiones suscritos por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad para adaptar el contrato a las exigencias que sobrevengan o sobre el reconocimiento debido de las prestaciones cumplidas, en el sentido de que no proceden reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos.

(...)

Igualmente, en sentencia de 22 de noviembre de 2001, utilizando este criterio como adicional a la falta de prueba de los mayores sobrecostos, indicó que cuando se suscribe un contrato modificador que cambia el plazo original dejando las demás cláusulas del contrato incólumes (entre las mismas el precio), no pueden salir avante las pretensiones de la contratista¹⁴:

*“No se probó procesalmente que BENHUR, dentro del término de ejecución del contrato incurrió en **sobrecostos superiores a los reconocidos por CEDENAR**. Además la Sala destaca que BENHUR en ejercicio de su autonomía de la voluntad*

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de noviembre de 2001, Expediente. 13356... (La cita es del texto citado).



suscribió contratos adicionales de plazo en los cuales luego de la modificación de la cláusula original de PLAZO, convino con CEDENAR que **las demás cláusulas del contrato, entre ellas el precio, permanecían incólumes**” (subraya la sala).

No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negócias guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato...

[...] Por eso, durante el desarrollo de un contrato como el de obra, en el que pueden sobrevenir una serie de situaciones, hechos y circunstancias que impliquen adecuarlo a las nuevas exigencias y necesidades en interés público que se presenten y que inciden en las condiciones iniciales o en su precio, originados en cambios en las especificaciones, incorporación de nuevos ítems de obra, obras adicionales o nuevas, mayores costos no atribuibles al contratista que deban ser reconocidos y revisión o reajuste de precios no previstos, entre otros, la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificatorio o adicional. Igualmente, cuando las partes determinen suspender el contrato deben definir las contraprestaciones económicas que para ellas represente esa situación, con el fin de precaver reclamaciones y la negativa al reconocimiento por parte de la entidad contratante, dado que en silencio de las partes ha de entenderse que las mismas no existen o no se presentan en caso de que éstas no las manifiesten en esa oportunidad.

Con mayor razón legal se genera este efecto jurídico, tratándose de posibles reclamos en materia de desequilibrios económicos del contrato al momento de convenir las condiciones del contrato modificatorio o adicional, en tanto el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, preceptúa que si la igualdad o equivalencia financiera se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, “...las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”, suscribiendo para tales efectos “los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...”

Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificatorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea “venire contra factum proprium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.¹⁵

Por su parte, la Subsección C de la Sección Tercera del Alto Tribunal, indicó:

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, Expediente 18080.



“Pues bien, la Sala entiende que el término adicional no pudo causar una mayor permanencia en la obra imputable a la entidad, por varias razones:

En primer lugar, porque este lapso fue objeto de un contrato donde las partes expresaron su voluntad sobre las condiciones en que se continuaría ejecutando la obra, de manera que siempre que se suscribe un contrato adicional la voluntad de las partes retorna a una posición de reequilibrio de las condiciones del nuevo negocio – como cuando se suscribió el contrato inicial-, porque tanto contratante como contratista tienen la posibilidad de suscribirlo o de abstenerse de hacerlo, y si ocurre lo primero, a continuación pueden establecer las nuevas condiciones del negocio.

(...)

Esto significa que es perfectamente posible modificar, de común acuerdo, en los contratos adicionales, los precios unitarios o globales del contrato a celebrar, bien para reducirlos o para incrementarlos, definición que cada parte valorará y seguramente concertará en función de los precios del mercado del momento. Claro está que si desde el negocio inicial el contratista se comprometió en alguna de sus cláusulas a mantener los precios, en caso de que se adicione el contrato, entonces la libertad de pacto se habrá empeñado desde esa ocasión, y a ella se atenderá la parte comprometida. En este mismo sentido ya ha expresado esta Sala que:

“... En este sentido, tampoco es aceptable, como lo afirma el actor, que por tratarse de un contrato adicional los precios unitarios debían ser los mismos del contrato inicial, so pretexto de que este aspecto era inmodificable.

“Este criterio es equivocado, porque bien pudo el contratista asumir una de estas dos conductas, al momento de celebrar los negocios: i) suscribirlos, pero con precios de mercado adecuados, es decir, renegociando el valor unitario de los ítems –en otras palabras, debió pedir la revisión del precio-, o ii) desistir del negocio, porque no satisfacía su pretensión económica, teniendo en cuenta que estaba vigente un impuesto que gravaba la actividad adicional que pretendía ejecutar.

“Es así como, si acaso se le causó un daño al contratista se trata de una conducta imputable a él, porque suscribió varios negocios jurídicos pudiendo desistir de ellos, cuando no satisfacían su pretensión económica¹⁶.

“Por tanto, es inadmisibles que ahora, luego de celebrados y ejecutados los negocios jurídicos, en vigencia de leyes que claramente señalaban las condiciones tributarias del momento, solicite una indemnización por hechos imputables a la gestión propia, pues de haber sido precavido no se habrían generado las consecuencias que dice padecer.”

(...)

En estos términos, el actor pudo acordar nuevos precios, pero no lo hizo; y mal puede venir ahora, ante el juez, a pedirle que lo haga mediante una sentencia, cuando debió negociar en su momento este aspecto. Otra cosa sería que se alegara la materialización de la teoría de la imprevisión, por cuya virtud la alteración de las condiciones de un negocio, ya celebrado, por circunstancias posteriores y ajenas a las partes, se hace difícil en su ejecución y cumplimiento, rompiendo la igualdad y el equilibrio del negocio. Pero este no es el caso, porque sin duda la suscripción de los dos contratos adicionales -tanto el de valor como el de plazo-, estaba precedido de las circunstancias que verdaderamente lo originaron, y fue sobre esas razones - conocidas por el contratista- que se pactó lo que consta en esos dos documentos.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 octubre de 2003, Exp. 17.213 (La cita es del texto citado).



En este horizonte, cada parte del negocio se hace responsable de aquello a lo que se compromete, y así mismo, mientras nuevas circunstancias no alteren el acuerdo, se considera que contiene en sí su propio reequilibrio financiero¹⁷.

En este orden de ideas, es posible inferir a partir de la conducta de las partes en la suscripción de convenios modificatorios –como los de prórroga o adición– la conformidad de ellas con la ejecución contractual en los términos en que fueron pactados.

En este escenario, la aceptación por parte del Contratista a las plurales modificaciones realizadas al contrato, modificaciones que incluso, se adoptaron en torno del precio, sin las debidas observaciones, “tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes”¹⁸ -tal y como lo refirió el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo-, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores. Una interpretación en contrario sería tanto como aceptar la posibilidad que las partes controvirtieran sus propios actos contrariando el principio de “venire contra factum proprium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.

De la prueba del desequilibrio económico:

Aunado a lo ya expuesto, advierte la Sala que la parte actora no se ocupó de allegar pruebas que demostraran que el desequilibrio económico que protesta le hubiera ocasionado un daño que superara el punto de no pérdida a términos de lo previsto en el artículo 5.1 de la Ley 80 de 1993 o, que haya sufrido por su causa una afectación económica de importancia, extraordinaria o anormal, un déficit que le haya dificultado o causado trastornos en la ejecución del contrato.

No se practicó en este proceso una prueba eficaz y especializada que demuestre que CONCA Y S.A. haya sufrido durante la ejecución del contrato No. 1351 de 2005 un déficit que pusiera en riesgo su ejecución, prueba que no puede desprenderse de las plurales facturas de venta para la adquisición de asfalto, ACPM o gasolina -combustóleo-, puesto que, naturalmente la ejecución del contrato ameritaba la compra de tales elementos y el precio del contrato incluía el valor de dichos insumos junto con la actualización de su precio. Tales ajustes tuvieron previsión a través de las fórmulas de reajuste fijadas en el texto del contrato, fórmulas frente a las cuales, la parte contratista no presentó oposición. Por otra parte, durante toda la ejecución del contrato, CONCA Y S.A. no protestó en ninguna oportunidad los valores de reajuste ni la supuesta onerosidad causada por el aumento en el precio de algunos ítems.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 22087. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente 27648

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, Expediente 18080.



Así mismo, no existe prueba de que las fórmulas de reajuste no hayan absorbido el impacto económico presuntamente causado por el incremento de los costos de los precios unitarios del asfalto, el ACPM o el fuel oil. A lo anterior cabe añadir que no resulta verosímil considerar que las variaciones en los precios unitarios de los ítems referidos, no eran previsibles para las partes a la fecha de celebración del contrato. En cuanto a la excesiva onerosidad como supuesto de aplicación de la teoría de la imprevisión no obran medios de prueba que soporten la pretensión de la actora.

No existe siquiera un principio de prueba de esa alteración grave de la ecuación financiera del Contrato 1351 de 2005, en términos que permitan afirmar que se presenta oscuridad sobre este hecho.

No pasa por alto la Sala, además que, tal y como fue reseñado con anterioridad, no se presentó en este asunto reclamación alguna por precios diferentes a los de los establecidos en el contrato, sobre lo cual se surtieron unas negociaciones que culminaron con la suscripción de la adición del contrato en más de dos mil millones de pesos, en la que se zanjaron las diferencias al respecto. Resulta, así, contrario a la buena fe la reclamación sorpresiva por el precio de ítems diferentes, lo que la hace improcedente.

De ninguna forma, en definitiva, la demandante buscó acreditar que los costos de asfalto, el ACPM o el fuel oil hubieran sido superiores a lo pagado junto con los reajustes obtenidos y a la adición dada al valor del contrato, al punto de dificultar la ejecución contractual.

Al no haber honrado así la accionante la carga de la prueba que, conforme al artículo 177 del CPC le corresponde¹⁹, las pretensiones serán desestimadas.

CONDENA EN COSTAS

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma no se efectuará condena en costas alguna.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Santander administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, auto del 23 de mayo de 2002, exp. 21836.



RESUELVE

- Primero.** **DENEGAR** las súplicas de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
- Segundo.** Sin condena en costas
- Tercero.** Una vez en firme esta providencia, **ARCHIVAR** las diligencias previas las anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. Aprobado en Sala según Acta No. 31 de 2023

**Aprobado y firmado digitalmente
IVÁN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA
Magistrado Ponente**

**Aprobado y firmado digitalmente
FRANCY DEL PILAR PINILLA PEDRAZA
Magistrada**

**Aprobado y firmado digitalmente
JULIO EDISSON RAMOS SALAZA
Magistrado**

Firmado Por:

**Ivan Mauricio Mendoza Saavedra
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 6 Administrativa
Tribunal Administrativo De Bucaramanga - Santander**

**Julio Edison Ramos Salazar
Magistrado
Mixto 005
Tribunal Administrativo De Bucaramanga - Santander**

**Francy Del Pilar Pinilla Pedraza
Magistrada
Oral 004
Tribunal Administrativo De Bucaramanga - Santander**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9b56958c34e63905d44f08d3131081f04278bbab11cdd665ac30ee1834ec7f45**

Documento generado en 12/12/2023 09:05:39 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>