

ENTRE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL Y EL INCUMPLIMIENTO: UNA LECTURA CRÍTICA DEL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO

CRÓNICA DE LA SENTENCIA DEL 8 DE NOVIEMBRE DE 2021 - RADICADO 25000-23-36-000-2013-02201-01 (56023)

Por María Fernanda Prieto Casallas¹

1. Contexto

El 8 de noviembre de 2021, el Consejo de Estado, en la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera subsección A, con ponencia de la Consejera Marta Nubia Velásquez Rico, decide mediante sentencia en el marco del artículo 141 del CPACA, una acción por controversias contractuales a efectos de resolver el recurso de apelación formulado contra sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera- Subsección A, en la cual se decidió en primera instancia, negar las pretensiones de la demanda, donde se le solicitaba al juez que;

- i) Se declarará que durante la ejecución del contrato No. 228 de 2004 se produjo la ruptura del equilibrio financiero en detrimento del contratista por causas no imputables a este.*
- ii) Como consecuencia de la anterior declaración, se condene al IDU a pagar a las sociedades demandantes, por concepto de mayor permanencia en obra durante la interventoría, mayores costos ambientales del contrato, por los costos causados durante la etapa de suspensión, por la solicitud de ajustes para la tapa de Mantenimiento y por los intereses moratorios correspondientes hasta el 30 de noviembre.²*

En particular, las pretensiones de la demanda se fundamentan en los hechos que versan sobre una controversia surgida entre XIE S.A. y Nacional de Pavimentos S.A vs Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), que gira en torno a la supuesta ruptura del equilibrio económico del contrato de obra No. 228 de 2004, cuyo objeto consistió en la construcción, rehabilitación, y

¹ Estudiante del pregrado de Derecho y Economía en la Universidad Externado. Monitorea el Departamento de Derecho Administrativo. Actualmente se desempeña como asistente jurídica en una firma de abogados, en áreas relacionadas a la Contratación estatal.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. (2021, noviembre 8). *Radicación No. 25000-23-36-000-2013-02201-01 (56023)*. Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. P. 15

mantenimiento de accesos a barrios y pavimentos locales- grupo 4: localidades de Ciudad Bolívar, San Cristóbal y Usme. Por su parte, la parte actora hace hincapié los siguientes hechos fácticos:

- i) *Previo procedimiento de licitación pública, el 30 de diciembre de 2004 el consorcio Pavimentos Locales 2005 y el Instituto de Desarrollo Urbano celebraron el contrato 228, cuyo objeto consistió en realizar la construcción, rehabilitación y mantenimiento de accesos a barrios y pavimentos locales - programa pavimentos locales, grupo 4: localidades de Ciudad Bolívar, San Cristóbal y Usme".*
- ii) *El plazo se pactó en treinta y tres meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio - lo cual ocurrió el 14 de marzo de 2005-, ocho meses para la etapa de construcción y rehabilitación, un mes para la entrega a la interventoría de las obras y veinticuatro meses para la etapa de mantenimiento.*
- iii) *En el plazo de ejecución del contrato se presentaron circunstancias como: Falta entrega oportuna y modificaciones por los diseños, inconvenientes con la aprobación de los planes de manejo de tráfico, falta disponibilidad de predios, demoran los pagos y celebración de múltiples prórrogas, adiciones y suspensiones del contrato, por causas no atribuibles al consorcio; que ocasionaron la ruptura de su equilibrio económico que no fueron imputables al contratista.*
- iv) *El 6 de agosto de 2007 se firmó el acta de recibo final de obra en la cual se dejó constancia de que, realizada la inspección, los trabajos se encontraban ejecutados a entera satisfacción.*
- v) *Del 28 de mayo de 2007 hasta el 29 de mayo de 2009 se realizó la etapa de mantenimiento.*
- vi) *El 15 de septiembre de 2011 las partes liquidaron bilateralmente el contrato No. 228, mediante acta No. 77, en la cual el contratista dejó las salvedades correspondientes a las presentes reclamaciones judiciales.³*

³ Ibidem

2. Argumentos de las partes

Aunado a ello, la parte demandante fundamentó sus pretensiones en la ruptura el equilibrio económico del contrato que a según se produjo por falta al deber de planeación de la entidad estatal generando que el desequilibrio no logrará amparar los sobrecostos causados durante el tiempo en que se extendió el plazo del contrato, donde también se ven incluidos, por un lado, los costos socioambientales los cuales no fueron reconocidos, y por otro lado, los costos directos asociados a la suspensión del contrato.

El Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), por su parte, en su calidad de demandado, al contestar oportunamente la demanda, se opuso integralmente a las pretensiones por estimarlas carentes de sustento fáctico y jurídico, aduciendo que los hechos invocados no eran imputables al IDU, en la medida en que las actas, acuerdos y decisiones contractuales obedecieron al ejercicio legítimo de la autonomía de la voluntad de las partes.

Pues señaló que algunos supuestos fácticos eran ciertos, otros constituían apreciaciones subjetivas del contratista y varios debían ser objeto de estricta prueba, resaltando que el contratista omitió solicitar la suspensión del contrato pese a no contar con planos aprobados y que los planes de manejo de tráfico eran de su exclusiva responsabilidad, pudiendo ajustar los documentos preliminares al cronograma de obra.

Sostuvo, además, que el consorcio incumplió el deber contractual de presentar oportunamente el informe de revisión de estudios y diseños, asumiendo así el riesgo de iniciar la ejecución con los planos entregados, y que las suspensiones y prórrogas obedecieron a retrasos imputables al propio contratista. Finalmente, propuso las excepciones de inexistencia de desequilibrio económico por ausencia de sus elementos estructurales respecto de los ítems no reconocidos en la liquidación, primacía de la autonomía de la voluntad, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación.

En desarrollo del trámite procesal, el 2 de marzo de 2015 se celebró la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, oportunidad en la cual se surtió la etapa de saneamiento, constatándose la inexistencia de causales de nulidad que afectaran la validez de lo actuado, circunstancia que

fue expresamente convalidada por las partes. No se propusieron excepciones previas susceptibles de decisión en esa fase.

Acto seguido, el despacho delimitó el objeto del litigio, precisando que los hechos no aceptados por la entidad demandada se concentraban en presuntos problemas de diseños (falta, modificaciones y entrega tardía), dificultades en la aprobación de planes de manejo de tráfico, carencia de predios e interferencias con redes de servicios públicos, demoras en pagos, ausencia o deficiencias de interventoría, prórrogas y adiciones por causas no imputables al contratista, suspensiones ajenas a su conducta y la consecuente generación de perjuicios asociados a mayor permanencia en obra, sobrecostos ambientales y directos, costos durante suspensiones y ajustes en mantenimiento.

En ese contexto, el litigio se circunscribió a determinar si tales circunstancias fácticas lograban acreditar la ruptura de la ecuación financiera del contrato No. 228 del 30 de diciembre de 2004. En materia probatoria, se decretaron los documentos y testimonios solicitados, y se difirió la práctica del dictamen pericial requerido por la actora —al estar orientado a demostrar el quantum del perjuicio— para un eventual incidente de regulación de perjuicios, decisión frente a la cual la demandante guardó silencio.

Posteriormente, el 21 de abril de 2015 tuvo lugar la audiencia de pruebas, en la cual se recibieron los testimonios decretados, diligencia que fue reanudada el 5 de mayo del mismo año para culminar su práctica. Concluida esta etapa, el Tribunal corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto; dentro del término legal, los sujetos procesales presentaron sus escritos reiterando sustancialmente los argumentos expuestos en la demanda, la contestación y las intervenciones previas, mientras que el Ministerio Público optó por no emitir pronunciamiento.

3. Síntesis de la decisión

El Consejo de Estado a efectos de resolver si debía declararse la ruptura del equilibrio económico de un contrato de obra pública cuando la entidad contratante incumple el deber de planeación, particularmente por no garantizar la disponibilidad oportuna de predios y condiciones necesarias para la ejecución del contrato, generando mayores costos y prolongación del plazo. En sentencia de primera instancia del 23 de julio de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Subsección A, en sentencia, desestimó la

ruptura del equilibrio económico porque concluyó que no se acreditaron los elementos estructurales del equilibrio financiero, haciendo un análisis de los siguientes aspectos jurídicos.

En primer lugar, el tribunal niega que la demora en los pagos generará por sí sola, desequilibrio económico, porque el contratista debía de contar con la capacidad financiera para continuar con el proyecto mientras la entidad aprobaba los desembolsos, tal es que el hecho generador del desequilibrio económico debe ser extraordinario y no asumido dentro del riesgo contractual. Así mismo, el tribunal sostuvo que las partes ya habían reequilibrado el contrato mediante instrumentos contractuales posteriores en pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad, por medio de un otrosí en el cual se realizó la suscripción de varias adiciones en el precio.

A continuación, en sentencia del Consejo de Estado entra a decidir de la controversia con propósito de atender al recurso de apelación interpuesto por la parte actora; bajo esa tesitura decidió revocar la sentencia de primera instancia y declarar la responsabilidad contractual del Instituto al Consorcio Pavimentos Locales por la mayor permanencia en obra derivada de la suspensión del contrato; su análisis parte de que la sola existencia de dificultades en la ejecución no bastaba para demostrar la ruptura de la ecuación contractual del artículo 28 de la ley 80 de 1993⁴, puesto que no se encuentra atada a la calificación jurídica propuesta por la parte actora bajo la denominación de ruptura del equilibrio económico, sino que debía atender a la sustancia de los hechos alegados y probados, en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial.

En su criterio, determinó que, cuando las reclamaciones se fundamentan en la inobservancia de obligaciones contractuales y en la vulneración del deber de planeación por parte de la entidad estatal, el análisis debe efectuarse desde la perspectiva del incumplimiento contractual y no exclusivamente desde la teoría de la ecuación económica.

Es por ello que en el estudio material de la controversia, el máximo tribunal analizó, por un lado, si las suspensiones, prórrogas y mayores permanencias en obra eran imputables a la entidad por incumplimiento de deberes previos —como la entrega oportuna de estudios y diseños, la gestión predial o la coordinación de redes de servicios públicos— o si, por el

⁴ Congreso de la República de Colombia. (1993). *Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304>

contrario, constituían riesgos contractuales asumidos por el contratista. En ese tenor, concluyó que en determinados períodos se configuró responsabilidad del IDU por deficiencias de planeación y coordinación institucional, aunque también identificó eventos atribuibles al contratista, razón por la cual el reconocimiento indemnizatorio se circunscribió estrictamente a los lapsos y conceptos debidamente acreditados en el expediente.

Por otro lado, desde la óptica de la ecuación contractual, el Tribunal entendió que el equilibrio no se rompía automáticamente por cualquier retraso o fricción en la ejecución, sino únicamente cuando se acreditara una alteración anormal de las condiciones económicas inicialmente previstas. En esa línea, la sentencia destacó que no bastaba afirmar la existencia de mayores costos o de una prolongación del plazo, sino que era indispensable demostrar cómo esos hechos afectaron de manera concreta el balance económico del contrato y en qué medida desbordaron el riesgo ordinario asumido por el contratista.

Finalmente, la Sala otorgó especial relevancia a la fuerza vinculante de los otrosíes y acuerdos modificatorios suscritos por las partes, destacando que las prórrogas pactadas sin adición de valor o sin reservas expresas constituyen manifestaciones válidas de la autonomía de la voluntad y delimitan la responsabilidad de la administración. Con ello, el juez de primera instancia asumió que las partes habían recompuesto contractualmente el negocio y que, por tanto, las reclamaciones posteriores no podían prosperar respecto de hechos que ya habían sido objeto de regulación o aceptación en esos documentos.

4. Análisis crítico de la decisión

En primer lugar, por corresponder la sentencia cabe destacar que presenta unos elementos que podrían ser denominados como una corrección jurídica, frente al tema que convoca este análisis, el desequilibrio económico, pues en el marco de la decisión del Tribunal, la cual fue apelada, cabe destacar que el a quo nunca analizó de fondo la pretensión relacionada al precio global fijo sin ajustes, sin embargo, en su oportunidad el Tribunal negó el reajuste.

Es por ello que para efectos de la sentencia que resuelve la apelación la Corte, después de analizar la situación jurídica que convocaba la controversia del precio del contrato resulta por negar el reajuste de precios para la etapa de mantenimiento tal como lo decidió el tribunal, con el argumento de que las partes pactaron expresamente el pago a “precio global fijo sin ajustes” y de que no se demostró que el costo real hubiera superado considerablemente la oferta económica.

Este análisis fundamentando en el artículo 27 de la Ley 80, que en concordancia con los artículos 4 (numeral 8) y 5 (numeral 1), establece que el derecho al restablecimiento del equilibrio económico opera independientemente de la modalidad de precio pactada. El Consejo de Estado, en la sentencia del 9 de mayo de 2012 (Exp. 21060), precisó que la cláusula de precio global no elimina el derecho al equilibrio cuando los factores generadores del desequilibrio son externos al riesgo normal del contrato y se producen por causas imputables a la entidad.

En el caso concreto, la prolongación de la etapa de mantenimiento en un 37,5% más de lo pactado —de 24 a 33 meses efectivos— por causas atribuibles al IDU no es un riesgo contractual ordinario que el contratista deba absorber como consecuencia del precio global fijo. Además, Juan Ángel Palacio Hincápie advierte sobre esta tensión:

“La jurisprudencia colombiana ha oscilado entre dos posiciones sobre el precio global fijo: una que lo entiende como renuncia anticipada al equilibrio económico, y otra que lo toma como referencia sujeta a ajuste cuando el desequilibrio proviene de causas imputables a la entidad. La segunda posición es la coherente con el artículo 27 de la Ley 80, pues el precio global no puede convertirse en un instrumento de transferencia absoluta de riesgos al contratista cuando la entidad es la causante del desequilibrio.”⁵

En ese contexto, la exigencia de que el contratista demuestre que el costo real superó “considerablemente” la oferta económica —sin precisar el umbral de ese exceso ni proveer metodología para acreditarlo— configura una carga probatoria de imposible cumplimiento cuando el peritaje fue diferido y nunca practicado.

Ahora bien, el Consejo de Estado en lo que respecta al análisis jurídico del principio del equilibrio económico en los contratos estatales, de cara a la situación jurídica consolidada para este caso, presenta inconsistencias dogmáticas y tensiones con su propia jurisprudencia. En primer lugar, la sala termina por reconducir el análisis desde el régimen del equilibrio económico del contrato hacia el régimen de la responsabilidad por incumplimiento contractual, pues pese a que hace una diferenciación de ambas instituciones, refiriéndose al desequilibrio económico como la

conservación del equilibrio prestacional propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o

⁵ Palacio Hincápie, J.A., La contratación de las entidades estatales, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2014, p. 634.

*financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar la oferta, y que sirvieron de cimiento a lo pactado en el contrato.*⁶

Y acto seguido, definiendo al incumplimiento contractual como

*la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato.*⁷

Termina por, concluir que la controversia jurídica va más allá de corresponder a un evento de ruptura del equilibrio económico del contrato, pues obedece a un caso en el cual se atribuye responsabilidad al ente público por inobservar el principio de planeación e incurrir en incumplimiento de sus obligaciones negociales, de tal suerte que es desde esta última perspectiva debe emprenderse del análisis relativo a ese punto, dando así, prevalencia al principio del derecho sustancial sobre la forma, establecido en el artículo 228 de la Constitución⁸.

Del examen anterior, se advierte que la corte abandonó el análisis concreto , pues trata todos los hechos bajo el único régimen del incumplimiento, sin examinar si alguno de ellos hubiera merecido protección autónoma bajo el artículo 27 de la Ley 80, artículo el cual consagra el derecho al mantenimiento de la ecuación contractual cuya protección opera incluso en ausencia de conducta anti jurídica de la entidad, y que resulta ser la materialización del principio del equilibrio económico de los contratos; en palabras del doctrinante Juan Carlos Expósito Vélez,

*la autonomía del principio de equilibrio económico en la Ley 80 es una conquista dogmática que no puede sacrificarse en aras de la economía procesal, pues su supresión deja al contratista sin la protección especial que el legislador quiso otorgarles frente a los riesgos derivados de la posición dominante de la Administración.*⁹

⁶ Op. Cit. P.26

⁷ Op. Cit. P. 27

⁸ Art 228, Constitución Política. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

⁹ Expósito Vélez, J.C., La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 512.

En efecto, el principio reconoce entonces al contratista un derecho que frente a situaciones de desequilibrio económico que pueden derivarse o no de un incumplimiento.

5. Conclusión

En conclusión, la sentencia del caso XIE S.A. vs. IDU demuestra que el principio, el principio de equilibrio económico del contrato estatal, consagrado en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, fue concebido por el legislador como un mecanismo de protección estructural del contratista frente a las asimetrías inherentes al contrato estatal.

Su razón de ser no es premiar al contratista ni penalizar a la Administración: es garantizar que el balance económico previsto al momento de contratar se mantenga a lo largo de la ejecución, de modo que la colaboración privada con el Estado no se convierta en un mecanismo de transferencia unilateral de riesgos hacia el particular.

Sin embargo, pese a estar formalmente consagrado en la ley y reconocido en la jurisprudencia, enfrenta en su aplicación práctica una serie de obstáculos —dogmáticos, probatorios y procesales— que lo debilitan hasta el punto de tornarlo ineficaz cuando más se necesita: en contratos de obra pública de larga duración, ejecutados bajo condiciones de asimetría económica real entre las partes.

La apuesta pendiente de la jurisprudencia del Consejo de Estado para este caso consistió entonces en lograr consolidar a partir de una interpretación jurídica el equilibrio económico del contrato como un principio de aplicación autónoma y directa, que no dependa de la demostración de un incumplimiento formal, que no ceda ante cláusulas cuya compatibilidad con el artículo 27 no haya sido examinada, y que no imponga al contratista cargas probatorias incompatibles con las condiciones procesales reales en que se encuentra al momento de litigar. Solo en esa dirección el mandato del artículo 27 de la Ley 80 alcanzará su pleno potencial como instrumento de eficiencia, equidad y seguridad jurídica en la contratación estatal colombiana.

6. Bibliografía

Artículo 228 de la Constitución Política de Colombia

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 8 de noviembre de 2021. Exp. 25000-23-36-000-2013-02201-01 (56023). C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 2012. Exp. 21060. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Expósito Vélez, J.C. (2003). La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español. Universidad Externado de Colombia.

Ley 80 de 1993 — Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Palacio Hincápie, J.A. (2014). La contratación de las entidades estatales. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.