

El incumplimiento como causa de ruptura del equilibrio económico del contrato¹

JUAN MIGUEL ÁLVAREZ CONTRERAS²

RESUMEN

Este artículo aborda las distintas circunstancias que pueden dar lugar a la ruptura del equilibrio económico del contrato estatal y se centra, particularmente, en el incumplimiento de la entidad contratante. Así, la Ley 80 de 1993 considera que el incumplimiento del Estado debe ser considerado como una causa de desequilibrio contractual imputable a la administración. De este modo, se analizará la doctrina y jurisprudencia colombiana sobre el tema, lo cual permitirá determinar el alcance y las implicaciones que ha tenido el desarrollo de esta figura. Por último, se indicarán los graves equívocos a los que puede conducir la tesis jurisprudencial que considera que el incumplimiento contractual es una causal de desequilibrio económico del contrato estatal.

Palabras claves: Ruptura del equilibrio económico del contrato, incumplimiento contractual, responsabilidad por incumplimiento, principio de reparación integral.

THE BREACH AS A CAUSE OF THE RUPTURE OF THE ECONOMICAL BALANCE OF THE CONTRACT

ABSTRACT

The article addresses with the different circumstances that may cause the rupture of the economical balance of the contract and, particularly, with the breach of the state

- 1 Fecha de recepción: 3 de febrero de 2017. Fecha de aprobación: 14 de junio de 2017. Para citar el artículo: Álvarez Contreras, J. (2017). El incumplimiento como causa de ruptura del equilibrio económico del contrato, en *Revista Con-texto*, n.º 47, pp. 41-87. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n47.04>
- 2 Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Asociado Chemás, Reyes Roldán y Asociados. Asistente de investigación y entrenador de equipos para competencias de arbitraje comercial internacional y arbitraje internacional de inversión del Departamento de Derecho de los Negocios. Correo-e: miguel_a_01@hotmail.com

entity, which, since the expedition of the Law 80 of 1993, became one of the causes of imbalance attributable to the administration. The article studies the different approximations of the Colombian courts and authors on the subject, its scope and implications, and the big misunderstandings that may cause the jurisprudential thesis according to which the breach of the contract must receive the same treatment given to the other causes of imbalance.

Keywords: Rupture of the economical balance of the contract, breach of the contract, damages for breach, full compensation principle.

I. EL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL

El principio del equilibrio económico del contrato estatal³, que gozaba ya de reconocimiento jurisprudencial y, aunque con mayor timidez, también legal⁴, fue consagrado ampliamente por la Ley 80 de 1993 como uno de los principios que rige la contratación de las entidades estatales⁵. El artículo 27 de la ley citada dispuso que “[e]n los contratos

- 3 “... el principio del equilibrio económico de los contratos administrativos consiste en que las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que si se rompe esa equivalencia, nace para el afectado el derecho a una compensación pecuniaria que la restablezca”. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, Editorial Temis, 2015, p. 11.
- 4 Ya el artículo 11 de la Ley 4 de 1964 había impuesto la obligación de pactar en los contratos de obra, a precio global o unitario, cláusulas de reajuste de precios para hacer frente a la alteración de los factores determinantes de los mismos. Luego, en el artículo 4 de la Ley 36 de 1966, se contempló la celebración de contratos adicionales, cuando se requiriera modificar el valor o el plazo del contrato como consecuencia de reajuste de los precios, cambios en las especificaciones y “otras causas imprevistas”. De acuerdo con la jurisprudencia de la época, esta disposición “no hizo más que hacer operante la teoría de la imprevisión en el régimen contractual administrativo”. Ver la providencia en la que se resolvió la controversia existente entre Ingeniería Geodesia y Topografía de Ramos Salazar, Reyes Chejuén, Rodríguez Barreto y Cía. Ltda, Ingeotopos, la cual es citada en Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de junio de 1979, C.P. Osvaldo Abello Noguera. Rad. 209162. Posteriormente, como lo hiciera para los contratos de obra el artículo 11 de la Ley 4 de 1964, el artículo 74 del Decreto-Ley 150 de 1976 autorizó la estipulación de cláusulas de reajuste de precios. El artículo 6 de la Ley 19 de 1982 contempló, para los supuestos de “modificación de los contratos administrativos ordenados por la administración en razón del interés público” y “terminación unilateral por inconveniencia o inoportunidad”, el reconocimiento de los nuevos costos derivados para el contratista, en el primer caso, y de los “perjuicios que deban pagarse”, en el segundo. Por último, el Decreto-Ley 222 de 1983, que modificó el Decreto-Ley 150 de 1976, estableció, como expresiones del principio, la necesidad de conservar el equilibrio financiero en caso de terminación o modificación unilateral del contrato (arts. 19 y 20), la celebración de contratos adicionales cuando se requiriese modificar el plazo o el valor del contrato (art. 58) y la posibilidad de convenir cláusulas de reajuste de precios (art. 86). Para una revisión más detallada sobre la evolución normativa del principio del equilibrio económico del contrato estatal en el derecho colombiano, ver ESCOBAR GIL, RODRIGO. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá: Legis Editores, 1999, p. 417 y ss.
- 5 HORMIGA, MARÍA CRISTINA; MOSQUERA, CARLOS IGNACIO y LUNA URREA, ANTONIO. *Nuevo Estatuto de Contratación Estatal*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1996, p. 31.

estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso”, lo cual se consagra en provecho de ambas partes⁶. A su vez, el artículo 28 contempla este principio como un criterio de interpretación de normas que versen sobre contratación estatal y las estipulaciones contractuales.

En desarrollo del principio, la Ley 80 impone a las entidades estatales la adopción de las medidas que garanticen el mantenimiento de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer o contratar. Según sea el caso, se acudirá a los mecanismos de ajuste y revisión de precios, la revisión de tales mecanismos y la estipulación de intereses de mora (art. 4, num. 8). Así, la norma exige a las entidades estatales obrar de forma que no sobrevengan causas imputables al contratante que generen una mayor onerosidad para el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista (art. 4, num. 9). Además, el contratante debe reconocer y pagar las compensaciones e indemnizaciones a que tenga derecho el contratista por el ejercicio de los poderes exorbitantes de la administración (art. 14, num. 1). Por último, la administración deberá realizar previsiones presupuestales para la atención de costos imprevistos derivados, entre otros motivos, de la revisión de los precios por causa de la alteración de las condiciones previstas inicialmente (art. 25, num. 14).

Además, el artículo 5 numeral 1, dedicado a los derechos y deberes de los contratistas, previene que ellos “[t]endrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato” y que, como consecuencia de ello, “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”.

II. CAUSAS DE LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Son diversas y disímiles las circunstancias que pueden sobrevenir durante la ejecución del contrato y ocasionar la alteración de “la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones” de las partes del contrato estatal. La ley, con mayor vocación de regular situaciones particulares que de definir categorías generales, no contempla propiamente

6 BENAVIDES, JOSÉ LUÍS. El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 144. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de enero de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 25000-23-26-000-2002-01573-01(38449). En confirmación de lo anterior, esto es, que el derecho al restablecimiento de la ecuación económica no es exclusivo del contratista, el artículo 4 de la Ley 80 de 1993 previene que las entidades estatales “[s]olicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato” (num. 3). PALACIO HINCAPIÉ, JUAN ÁNGEL. La Contratación de las Entidades Estatales. 3 ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2001, p. 389.

un catálogo de las circunstancias que pueden desencadenar la ruptura del equilibrio económico del contrato.

Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia, no siempre con la mayor uniformidad⁷, suelen clasificar las causales de desequilibrio contractual en tres grupos: primero, actos o hechos de la entidad administrativa contratante, dentro de los que se menciona el ejercicio de los poderes exorbitantes de la administración (*potestas variandi*) y el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Segundo, actos generales de la administración como Estado, en donde se menciona el denominado "hecho del príncipe", y tercero, circunstancias ajenas a las partes, no imputables a ellas, que se analizan en el marco de la teoría de la imprevisión o de las sujeciones materiales imprevistas⁸.

Así, la administración, en aras de poder garantizar la satisfacción del interés general y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, propósitos ínsitos en la ejecución del contrato estatal, se encuentra investida de prerrogativas o poderes excepcionales al derecho común⁹ (v. gr. adición de obras o reducción de las ya contratadas, modificación de las fuentes de materiales a ser empleadas, mayores servicios, etc.)¹⁰. Ahora, al contratista, quien no está arropado por tales poderes, como contrapartida le será resarcido plenamente¹¹ todo menoscabo o pérdida que cause el ejercicio de tales prerrogativas por parte de la administración¹², para conservar la mentada equivalencia entre los derechos y obligaciones de las partes (art. 14, num. 1, de la Ley 80)¹³.

7 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Op. cit., p. 34.

8 Esta presentación, en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de julio de 2015, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz. Rad. 25000232600019980242201 (32428).

9 El numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 previene, en efecto, que las entidades estatales "con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado".

10 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2012, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Rad. 13001-23-31-000-1992-08522-01 (21429).

11 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Op. cit., p. 60.

12 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de mayo de 2005, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Rad. 66001-23-31-000-1997-03756-01 (15326). Es admitido que si el acto mediante el cual la entidad ejerce las potestades excepcionales adolece de algún vicio de legalidad, por ejemplo, por estar falsamente motivado, tal situación no corresponde propiamente a un problema de restablecimiento del equilibrio económico, sino a uno de ilegalidad del acto o, incluso, de incumplimiento contractual. En este sentido, DÁVILA VINUEZA, LUIS GUILLERMO. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Bogotá: Legis, 2016, p. 712.

13 Como lo señalara hace ya un buen tiempo la jurisprudencia del Consejo de Estado: "El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia en favor de la administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho de contratante al respeto del equilibrio financiero considerado en el contrato. Es en este equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 11 de marzo de 1972, C.P. Alberto Hernández Mora. Rad. 561.

En el caso del denominado *hecho del príncipe*, se está ante el supuesto en el que la misma entidad contratante¹⁴, obrando en ejercicio de sus funciones y no como parte contractual¹⁵, emite un acto o medida de carácter general¹⁶, que directa o indirectamente provoca una alteración imprevisible y extraordinaria de la ecuación económica, en detrimento de una de las partes¹⁷. El hecho del príncipe, en el que algunos ven un caso de responsabilidad sin culpa¹⁸, da derecho al contratista a obtener una indemnización integral de los perjuicios derivados de la expedición del acto de carácter general¹⁹.

La tercera categoría se refiere a circunstancias extraordinarias y ajenas a las partes, imprevistas e imprevisibles al momento de celebración del contrato²⁰, que afectan gravemente la economía del contrato, mas no imposibilitan su ejecución²¹. Ante tales circunstancias, el contratista tiene derecho al restablecimiento del equilibrio económico

- 14 La jurisprudencia vigente estima que la configuración del "hecho del príncipe" exige la expedición de un acto por parte de la misma entidad contratante, de donde se deriva que todos los demás actos de la administración, provenientes de autoridades diferentes –hecho del príncipe *lato sensu*–, no quedan cobijados dentro de la noción. Para esos casos, se puede abrir paso, siempre que se reúnan los requisitos para el efecto, la aplicación de la teoría de la imprevisión. Ver, entre muchas otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Rad. 73001-23-31-000-1996-4028-01 (14577) y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2003, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Rad. 47001-23-31-000-1996-04800-01 (17554). Vale decir, en todo caso, que en época anterior, la jurisprudencia defendió la aplicación de una noción amplia del hecho del príncipe, que comprendía las actuaciones provenientes de cualquier entidad pública y no solo de la entidad contratante. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 1992. Rad. 6353 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1999, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Rad. 11194. A favor de esta posición, en la doctrina, HORMIGA, MOSQUERA y LUNA URREA. Op. cit., p. 32.
- 15 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de enero de 2012, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz. Rad. 25000-23-26-000-1997-03489-01 (20459).
- 16 Según una opinión generalizada, la noción del hecho del príncipe solo tiene aplicación ante actos de carácter general. Si se trata de actos de carácter particular expedidos por la entidad contratante, la situación debe analizarse desde el punto de vista de la responsabilidad contractual. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 1992. Rad. 6353 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Rad. 73001-23-31-000-1996-4028-01 (14577). En contra, PALACIO HINCAPIÉ. Op. cit., p. 418, quien, al respecto, sostiene que "no es la naturaleza del acto lo que determina el resquebrajamiento económico del contrato sino que la decisión que se tome afecte el contrato". En contra, también, BENAVIDES. Op. cit., p. 155; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Op. cit., p. 86.
- 17 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2003, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Rad. 47001-23-31-000-1996-04800-01 (17554) y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de junio de 2012, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 13001-23-31-000-1996-01233-01 (21990).
- 18 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de junio de 2012, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 13001-23-31-000-1996-01233-01 (21990).
- 19 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2005, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Rad. 28.616.
- 20 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Rad. 73001-23-31-000-1996-4028-01 (14577).
- 21 Si la llegaren a imposibilitar, las circunstancias serían constitutivas de un evento de fuerza mayor, que, en cuanto tal, implica la exoneración de responsabilidad del contratista, mas no le otorga derecho a

“a un punto de no pérdida” (art. 5, num. 1, de Ley 80), ya que de acuerdo con el criterio jurisprudencial vigente, esto comprende el pago de una compensación limitada al daño emergente derivado de la situación imprevisible²².

Descritas las causas de ruptura del equilibrio económico del contrato que han sido identificadas por la doctrina y la jurisprudencia, a continuación, se analizará el incumplimiento estatal, al cual, según la disposición de la Ley 80 (art. 5, num. 1), se le considera causa de desequilibrio contractual. Así, resulta común que se ubique este supuesto junto con la “*potestas variandi*”, es decir, dentro de aquellos casos que son imputables al contratante.

III. EL INCUMPLIMIENTO COMO CAUSA DE LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Como atrás se anotó, el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80, luego de prever que el equilibrio de la ecuación económica del contrato se puede romper por “la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas” y que, de ser ese el caso, el contratista tiene derecho a que la entidad “restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida”, prescribe que “[s]i dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

Se ubica así al incumplimiento, tradicionalmente analizado en el marco de la responsabilidad contractual, de la cual es, en estricto rigor, su causa primigenia, dentro de las circunstancias que pueden desencadenar la ruptura del equilibrio económico del contrato, particularmente, dentro de aquellas imputables al Estado²³.

- obtener alguna compensación económica. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de abril de 1991, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Rad. 6102.
- 22 Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de agosto de 2011, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Rad. 25000-23-26-000-1993-08365-01 (14461). Durante algún tiempo, sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado defendió una tesis diferente en relación con el alcance de la indemnización en los supuestos enmarcados dentro de la teoría de la imprevisión, llegando a considerar que en tales circunstancias, “la única forma de mantener la ecuación financiera consiste en que la administración asuma los costos necesarios para que su cocontratante no sólo obtenga el monto de las inversiones realizadas dentro del curso ordinario y aún extraordinario de la ejecución del contrato, sino que además deberá reconocerle y pagarle sus utilidades, lucros, o ganancias, desde luego razonables y ceñidos a las condiciones iniciales de contratación”. En este sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 1996, C.P. Daniel Suárez Hernández. Rad. 10151.
- 23 En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, el Ministro de Obras Públicas y Transporte de la época señaló, en relación con el citado artículo 5, lo siguiente: “El precitado artículo 5°, en su numeral 1°, contempla dos causales conducentes al restablecimiento de la ecuación económica alterada. Las unas concernientes a causas imputables al Estado y a hechos imprevistos ajenos a las partes, las otras, *La responsabilidad contractual del Estado por el incumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones que nacen del contrato estatal*, el ejercicio de cualquiera de las potestades o derechos de que se reviste a la administración en el contrato y cuya aplicación resulte fundada por razones de conveniencia y por ende, ajena a la conducta contractual del particular, y por último la expedición de una decisión administrativa que ocasione una verdadera ‘alteración o trastorno en el contenido del contrato, o cuando la ley o el reglamento afecten alguna circunstancia que pueda considerarse que fue esencial, determinante, en la contratación y que

Bajo ese aserto, en la exposición de motivos de la Ley 80 se concibe a la indemnización de perjuicios, que es una de las posibles consecuencias del incumplimiento del contrato²⁴, como uno de los instrumentos que sirven al propósito de preservar el equilibrio económico de este²⁵. Así, con el fin de mantener el desarrollo y ejecución del contrato estatal en las condiciones técnicas, económicas y financieras de su celebración²⁶, el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 estipula que sirve como herramienta para ello la indemnización de los perjuicios derivados de la mora, en el caso de las obligaciones dinerarias²⁷.

No son pocos los interrogantes que genera este postulado legal, ya que ve en el incumplimiento una de las causas de la ruptura del equilibrio económico del contrato. ¿Se trata acaso de un nuevo régimen de responsabilidad, especial si se quiere, fundado en la ruptura del equilibrio económico del contrato? Si es así, ¿cuáles son sus presupuestos?, ¿cuáles sus consecuencias?, ¿ese régimen especial, si es que existe, reemplaza al régimen común de responsabilidad por incumplimiento?, ¿se ubica a su lado?, ¿lo complementa?, ¿qué sucedería, bajo ese nuevo régimen, si el incumplimiento no genera la ruptura del equilibrio económico del contrato? En fin.

Este artículo se propone analizar las distintas aproximaciones de la jurisprudencia nacional sobre la temática del incumplimiento contractual como causa de desequilibrio. Luego, se criticará la postura planteada en época reciente por algún sector de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que considera equiparable la responsabilidad contractual

en este sentido fue decisiva para el contratante'. Se erigen en los móviles que pueden agruparse dentro de la primera de las causales descritas, vale decir, las imputables al Estado. Al efecto, conviene precisar que la última de las circunstancias delineadas corresponde a lo que la doctrina y jurisprudencia han dado en llamar el 'hecho del príncipe'. Exposición de Motivos de la Ley 80 de 1993, Gaceta del Congreso, n.º 75, Bogotá, 23 de septiembre de 1992.

- 24 Junto con la posibilidad de solicitar la resolución del vínculo o el cumplimiento específico de la obligación. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de enero de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 25000-23-26-000-2002-01573-01 (38449).
- 25 "Así pues, el acaecimiento de cualquiera de las circunstancias descritas confieren al contratista el derecho a recibir la remuneración pactada y a que ésta permanezca intangible durante la vida contractual. La intangibilidad de la ecuación puede lograrse a través de mecanismos tales como la revisión de los precios, el ajuste de los mismos y la indemnización de perjuicios. Todos ellos de aplicación directa por parte de la propia administración pública". Exposición de Motivos de la Ley 80 de 1993.
- 26 Ibid. "En relación con el reconocimiento de los intereses de mora que indudablemente constituye un factor importante en la preservación de la ecuación económica del contrato se prevé la posibilidad de que las partes estipulen, obviamente dentro de los límites legales, la tasa correspondiente que se aplicará en el evento en que las entidades no cancelen dentro de los plazos acordados las cuentas presentadas por los contratistas".
- 27 "d. El artículo 1617 del Código Civil en punto de las obligaciones dinerarias y de la indemnización de perjuicios por la mora, con absoluta claridad y precisión establece: 'El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo'. Sobre el punto la jurisprudencia de esta Corporación, ha sostenido: 'Por medio del cobro de los intereses moratorios se pretende indemnizar al acreedor por los perjuicios que le causó el incumplimiento del deudor, en el pago de una suma de dinero, perjuicio que se presume y cuya cuantía no está en el deber de demostrar, sea porque se pactaron entre las partes, o porque se aplica la regulación legal". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 68001-23-15-000-1998-01597-01 (24812) y Laudo Arbitral del 10 de noviembre de 2004, Caracol Televisión vs. Comisión Nacional de Televisión, Cámara de Comercio de Bogotá.

del Estado con el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. En consecuencia, se han aplicado las exigencias tradicionalmente reconocidas de la responsabilidad contractual, lo que a su vez trae graves consecuencias para los principios constitucionales y legales del régimen de responsabilidad de la administración.

1. Primera tesis: El incumplimiento no es, propiamente, una causa de desequilibrio, sino presupuesto de la responsabilidad contractual

A partir del año 2013, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, haciendo eco de algunas decisiones aisladas de esa sección en las que se expresaba que el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 debía ser interpretado en el contexto de la responsabilidad contractual del Estado²⁸, se ha preocupado de precisar que el incumplimiento, no obstante ser tratado por tal disposición como una causal de ruptura del equilibrio económico del contrato, no es, en puridad, tal cosa, sino causa de la responsabilidad contractual del Estado. Este fenómeno, a su vez, es bien distinto del restablecimiento de la ecuación económica del contrato.

En sentencia del 13 de febrero de 2013, la Subsección A, en el marco de un caso en el que “[l]a parte actora consideró que se produjo una ruptura en el equilibrio económico del contrato por el presunto incumplimiento de las obligaciones que correspondían a la entidad contratante”, señaló lo siguiente:

“(…) en estricto rigor hay lugar a distinguir entre la responsabilidad contractual que se deriva del incumplimiento o del cumplimiento tardío o defectuoso de las obligaciones asumidas por alguna de las partes –incluidas las entidades estatales contratantes–, por cuya virtud la parte incumplida debe responder ante su co-contratante cumplido por los perjuicios que le ocasione por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso que le sea imputable, por un lado, de la figura del equilibrio económico o financiero del contrato por otro lado, comoquiera que la finalidad de esta última no es otra que la de mantener, a lo largo del tiempo, las condiciones económicas, técnicas y financieras existentes al momento de la presentación de la oferta o de la celebración del contrato, según sea el caso, todo con el fin, a su turno, de preservar la equivalencia convenida, considerada y acordada entre las partes del contrato respecto de sus

28 Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 2003, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Rad. 25000-23-26-000-1989-05337-01 (10883), en la que se afirmó: “La Sala ha precisado que la ecuación financiera del contrato puede alterarse durante su ejecución por las siguientes causas: por el hecho del príncipe; por actos particulares de la administración en ejercicio de la potestad de dirección y control, particularmente del *ius variandi* y por factores exógenos a las partes del negocio. A más de lo anterior, y no obstante que el contrato que se estudia está sometido al imperio del decreto ley 222 de 1983, resulta ilustrativo anotar que la ley 80 de 1993, al regular la figura del rompimiento del equilibrio financiero del contrato, incorporó el incumplimiento como factor determinante del mismo (art. 5, num. 1). Disposición que debe interpretarse dentro del contexto de la responsabilidad contractual del Estado, toda vez que es uno de los elementos que la determinan”. Ver, en términos muy similares, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de febrero de 2004, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Rad. 25000-23-26-000-1991-07391-01 (14043).

correspondientes, mutuas y recíprocas prestaciones, todo ello independientemente de que, como resulta apenas natural, la ecuación inicial del contrato también se vea alterada o afectada por causa o con ocasión de circunstancias constitutivas de incumplimiento contractual²⁹.

Más adelante, en sentencia del 14 de marzo del 2013^[30], la misma Subsección A agregó que ambos fenómenos se diferencian, entre otras razones, por las circunstancias que los originan y por los efectos que a ellos se encuentran aparejados. Así, la ruptura del equilibrio económico del contrato no obedece a circunstancias imputables a las partes o al actuar antijurídico de ellas. De este modo, el hecho del príncipe y la ocurrencia de situaciones ajenas a las partes analizadas bajo la denominada teoría de la imprevisión y el incumplimiento, que da lugar a la responsabilidad contractual, supone un proceder de la entidad contrario al que le impone el acuerdo, esto es, en definitiva, una infracción de las obligaciones a su cargo³¹.

En lo que atañe a sus consecuencias, en la referida sentencia se sostiene que la ruptura del equilibrio económico da paso al “restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar”³². En tanto que el incumplimiento habilita al contratista a ejercer alguno de los remedios previstos de antaño en el derecho común³³, como

29 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 76001-23-31-000-1999-02622-01 (24996).

30 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra. Rad. 760012331000199603577-01.

31 i “La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación comercial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.”

La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina ‘hecho del príncipe’, y ‘potestas ius variandi’ (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada ‘teoría de la imprevisión’ y paralelamente en la ‘teoría de la previsibilidad’. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida”.

32 Ibid.

33 Artículo. 1546 del Código Civil.

la ejecución *in natura* de la obligación y la resolución del vínculo. Además, proveniente del incumplimiento, resulta viable una pretensión que solicite la indemnización de los perjuicios, lo cual se rige por el principio de la reparación integral y, por ende, comprende el resarcimiento patrimonial (daño emergente y lucro cesante) y extrapatrimonial³⁴. Igual planteamiento ha sido reiterado en un no despreciable número de decisiones, la mayoría de ellas provenientes de la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado³⁵.

Planteada en esos términos la distinción, es tarea del juzgador escudriñar las pretensiones de la demanda y los hechos en que ella se funda, para determinar si lo alegado corresponde verdaderamente a una situación de incumplimiento de la entidad. En caso de cumplirse el anterior caso, el operador jurídico se halla en el deber de valorar la situación bajo la óptica de la responsabilidad contractual, lo cual se debe realizar de acuerdo

- 34 "Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no sólo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso. En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos, a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos supuestos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo disponen el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra. Rad. 760012331000199603577-01. Vale anotar, en relación con este último tema, que si el incumplimiento proviene del particular, la entidad tiene a su disposición, además, otros instrumentos, entre los que se hallan, cada uno con sus presupuestos, la declaratoria de caducidad y la declaratoria de incumplimiento, a fin de hacer efectiva la cláusula penal. Para esta precisión, ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de septiembre de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 25000-23-26-000-2003-00113-01 (30571). A estos instrumentos cabe agregar la imposición unilateral de multas, hoy expresamente autorizada, después de un incesante cambio de criterios jurisprudenciales sobre el tema, por el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.
- 35 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de enero de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 25000-23-26-000-2002-01573-01 (38449); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de septiembre de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 25000-23-26-000-2003-00113-01 (30571); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2014, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 25000-23-26-000-2001-02444-01 (29214); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2014, C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra. Rad. 760012331000199900522-01; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de julio de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón. Rad. 660001233100120000067700 acumulado con 66000123310012001 0016700; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2015, C.P. Hernán Andrade Rincón. Rad. 11001-03-26-000-2015-00033-01 (53154); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de mayo de 2015, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz (E). Rad. 05001-23-31-000-1995-00271-01 (31837); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de abril de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 25000-23-26-000-2010-00128-01 (46297).

a los principios de esta figura. Por ejemplo, en una sentencia del 16 de septiembre de 2013³⁶, la Subsección A analizó un caso en el que el actor solicitó que se declarara que la entidad incumplió con el contrato, ya que omitió una carga de claridad durante la etapa precontractual. Además, a raíz de ello, se produjo la ruptura del equilibrio económico del contrato. Luego, se diferenció que el incumplimiento y la ruptura del equilibrio económico son fenómenos diferentes, porque, en rigor, las pretensiones fueron formuladas en forma antitécnica. La Subsección, en aras de "garantizar la efectividad del derecho fundamental del consorcio contratista a acceder a la administración de justicia y en virtud del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial", abordó el caso desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, para lo cual indagó cuál era el contenido obligacional resultante de las manifestaciones realizadas por la entidad durante la fase precontractual. Por último, se analizó si se produjo una desatención del contrato por parte de la entidad y si se encontraban acreditados los perjuicios alegados por el contratista. Por otro lado, la Subsección no se concentró, merced a una correcta interpretación de la demanda, en aspectos que son propios de la noción de equilibrio financiero del contrato; tampoco se ocupó particularmente de establecer, a pesar de que le había sido solicitado expresamente, si el incumplimiento efectivamente había provocado la ruptura del equilibrio económico del contrato³⁷.

36 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de septiembre de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 25000-23-26-000-2003-00113-01 (30571).

37 Ver, para un análisis similar, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de marzo de 2013, C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra. Rad. 760012331000199603577-01. En este caso, el demandante solicitó "que se declare que durante la ejecución del citado contrato se fracturó el equilibrio económico – financiero, al aumentarse considerablemente los costos en que incurrió el contratista por la demora en la iniciación de las obras y la entrega de los dineros a los que se obligó la Superintendencia de Notariado y Registro". La Subsección A detectó que la situación alegada correspondía a un incumplimiento contractual de la entidad, particularmente del deber de planeación a su cargo, y, en consonancia con ello, optó por analizarla desde el punto de vista de la responsabilidad por incumplimiento, encontrándola acreditada en el caso concreto. En similar sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de julio de 2015, C.P. Hernán Andrade Rincón. Rad. 11001-03-26-000-2015-00033-01 (53154), en la que, nuevamente, la Subsección A no encontró demostrada la causal de anulación alegada contra un laudo arbitral, consistente en "haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a decisión", en un caso en el que el tribunal arbitral declaró el incumplimiento de la entidad y la condenó a la consecuente indemnización de perjuicios, porque fue lo que se discutió en el proceso, aun cuando la pretensión del actor estaba encaminada a que se declarara la ruptura del equilibrio económico del contrato. Ver, también, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 29 de enero de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 25000-23-26-000-2002-01573-01 (38449). Ver, también, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 13 de abril de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 25000-23-26-000-2010-00128-01 (46297). En esta última providencia, que se destaca por su rigor, la Subsección A nuevamente hizo hincapié en las diferencias existentes entre el incumplimiento y la ruptura del equilibrio económico del contrato, sin dejar de agregar que "[d]e cualquier modo, en atención al principio constitucional que impone la prevalencia de lo sustancial sobre la forma, corresponderá al Juez de la causa determinar en cada caso concreto desde cuál óptica debe emprenderse el respectivo análisis"; aserción bajo la cual, ya en el caso concreto, concluyó que si bien el contratista alegaba la supuesta ruptura del equilibrio económico del contrato, las circunstancias presuntamente desencadenantes de esta, referentes a la demora en la obten-

A *contrario sensu*, el hecho de que se invoque un incumplimiento como causal de la ruptura del equilibrio económico del contrato no constituye un obstáculo para que el juzgador analice tal situación con prescindencia de la noción de incumplimiento y atendiendo a las verdaderas posibles causas de la ruptura del equilibrio económico del contrato. Lo anterior, dependiendo de cada caso, ya sea por el hecho del príncipe, el ejercicio del *ius variandi* o la teoría de la imprevisión.

Así lo hizo también la Subsección A, en sentencia del 26 de febrero de 2014³⁸, en la que, si bien *ab initio* se señala que el "demandante aduce que el incumplimiento del contrato BV-AP-103 de 1996, por parte de la Beneficencia del Valle del Cauca, fue la causa determinante de la fractura del equilibrio económico – financiero que le ocasionó los perjuicios cuya indemnización reclama", se termina abordando la pretensión del actor desde el punto de vista de la ruptura del equilibrio económico, ocasionado particularmente por la expedición de actos generales por parte de la administración que tuvieron incidencia en las condiciones económicas del contrato³⁹.

No queremos dejar de destacar, por ser de importancia para lo que más adelante se dirá en relación con la tesis defendida recientemente por alguna parte de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que la Subsección C de dicha Sección también ha adherido, así no lo haya hecho con tanto ahínco e insistencia. La tesis que defiende el incumplimiento contractual, aun con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80, no se confunde con el desequilibrio económico del contrato y es, propiamente,

ción de la licencia de construcción requerida, a la falta de entrega oportuna de los diseños y planos de la obra, al retardo en el desembolso del anticipo y a la mora en el pago de las actas mensuales de obra, correspondían, en puridad, a supuestos incumplimientos de la contratante, lo que imponía al juzgador el deber fallar con miras en la responsabilidad contractual de la entidad y no en la ruptura del equilibrio económico del contrato.

38 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2014, C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra. Rad. 760012331000199900522-01.

39 Para un caso similar, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de agosto de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 70001-23-31-000-1996-05734-01 (49864). En este caso, el actor alegó que la entidad incumplió el contrato al negarse a pagar los sobrecostos derivados de la ola invernal que afectó la zona en donde se debían ejecutar las labores. A más de echar de menos la prueba de que se presentó un cambio extraordinario en las condiciones del río cuya corriente supuestamente se había visto acrecentada por el invierno, así como advertir que la llegada del invierno había sido anticipada por el interventor y por el propio contratista, y no era, por tanto, una circunstancia imprevisible, la Subsección A sostuvo que "se puede precisar que la fuerza mayor por razón de un invierno extraordinario de haber sido constitutiva de los sobrecostos, habría dado lugar desde el punto de vista jurídico a un desequilibrio contractual y no a un incumplimiento del contrato, puesto que se trataría de un evento imprevisible e irresistible no imputable a la conducta de la entidad contratante", dejando bien claro, sin embargo, que "[e]sa diferencia conceptual entre desequilibrio económico del contrato y el incumplimiento del mismo, no habría sido causa para negar la pretensión, por razón de la terminología imprecisa utilizada por el demandante, toda vez que en este caso se observa en los hechos de la demanda que el actor planteó también a la contratante el reconocimiento por la vía de la ruptura del equilibrio económico del contrato y que trajo esos hechos al proceso".

presupuesto de la responsabilidad contractual de la administración, regida por las reglas del derecho común en la materia⁴⁰.

Algún sector de la doctrina se ha expresado en consonancia con esta tesis. En tal sentido, se ha señalado que “[e]n la teoría del contrato administrativo este caso [incumplimiento contractual] no constituye un evento de alteración del equilibrio financiero que, como vimos, parte siempre de la ausencia de culpa, sino de un caso de responsabilidad contractual por culpa. No se trata entonces de una responsabilidad especial, regida por los principios del derecho administrativo, sino de la regla general de responsabilidad contractual privada o administrativa”. A lo cual se ha agregado que en la responsabilidad contractual, “(...) no se trata de pagar un complemento del precio para compensar las modificaciones de las prestaciones iniciales o reconocer una ayuda al contratante para permitirle soportar las pérdidas generadas por un hecho nuevo, sino de indemnizar plenamente al contratista por todos los perjuicios que ha sufrido, fruto del incumplimiento de la administración, tal como lo establece, además, el artículo 50 de la misma ley [Ley 80 de 1993] en el principio de responsabilidad”⁴¹.

2. Segunda tesis: el incumplimiento, aun entendido como causa de desequilibrio, debe ser analizado bajo los parámetros de la responsabilidad contractual por incumplimiento

La mayor parte de la jurisprudencia sostiene, en armonía con el tenor literal numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80, que el incumplimiento es una de las causas de la ruptura del

40 Ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 6 de mayo de 2015, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz (E). Rad. 05001-23-31-000-1995-00271-01 (31837). En el fallo, se reproduce un fragmento de la sentencia de la Subsección A del 16 de septiembre de 2013, en la que se tratan las diferencias entre el incumplimiento como presupuesto de la responsabilidad contractual y la ruptura del equilibrio económico del contrato, a la vez que se agrega que “resulta indefectible o inexorable distinguir no sólo las instituciones del incumplimiento respecto del equilibrio económico del contrato, sino también su fundamento, consecuencias y repercusiones para las partes. Lo anterior, comoquiera que el incumplimiento supone la configuración de una responsabilidad patrimonial del Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, para lo cual es preciso que se demuestren o acrediten los elementos de la misma, esto es, la existencia de un daño antijurídico y la imputación –fáctica y jurídica– al Estado”.

41 BENAVIDES. Op. cit., p. 134. Afirma Hernández, en forma similar, lo siguiente: “... si bien es cierto que la Ley 80 de 1993, al regular la figura del rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, incorporó el incumplimiento como factor determinante del mismo (art. 5, num. 1), tal disposición debe interpretarse dentro del contexto de la responsabilidad contractual del Estado, toda vez que el incumplimiento es el elemento en el que se funda la misma, sin que haya lugar a considerar que ahora, por lo dispuesto en la Ley 80, el incumplimiento solo sea determinante de la obligación de reparar el aleas (sic) económico del contrato. El incumplimiento es determinante de la responsabilidad contractual del deudor, independientemente de la forma como se produzca el rompimiento del equilibrio financiero del contrato estatal, de manera que, una vez que se demuestre aquel y se prueben los perjuicios materiales e inmateriales derivados del mismo, resulta procedente declarar la responsabilidad contractual de la entidad incumplida y disponer la reparación integral de todos los perjuicios padecidos por el contratista”. HERNÁNDEZ SILVA, AIDA PATRICIA. La responsabilidad contractual del Estado. En: Revista de Derecho Privado, 2008, n.º 14, p. 186; RODRÍGUEZ TAMAYO, MAURICIO FERNANDO. Los Contratos Estatales en Colombia. 2.ª ed. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R., 2015, p. 93.

equilibrio económico del contrato⁴². Aunque son pocas las decisiones en las que concretamente se ha discutido la existencia de un desequilibrio ocasionado por la infracción del contrato, de las que sí lo han hecho, se extrae la conclusión de que el incumplimiento, incluso entendido como causa de quebranto de la ecuación económica, debe ser analizado bajo los parámetros de la responsabilidad contractual por incumplimiento. Así, bien vistas las cosas, esta posición, desde sus efectos prácticos, no se aleja demasiado de la tesis que niega que el incumplimiento tenga relación con la noción de restablecimiento del equilibrio.

En sentencia del 29 de abril de 1999^[43], por ejemplo, la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió un caso en el que el demandante alegó múltiples incumplimientos de la entidad, sin pretender en forma expresa la declaratoria de la ruptura del equilibrio económico del contrato a causa de tales incumplimientos. Analizadas las pruebas del proceso y acreditados los incumplimientos alegados, el alto tribunal afirmó que la conducta contraria a las obligaciones de la entidad provocó la ruptura de la ecuación económica del contrato⁴⁴, para lo cual se condenó a la contratante a indemnizar los perjuicios demostrados en el proceso respecto de cada uno de los incumplimientos alegados.

42 Ver, entre muchas otras, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 19 de septiembre de 1994, C.P. Jaime Betancur Cuartas. Rad. 637; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 14 de agosto de 1997, C.P. César Hoyos Salazar. Rad. 1011; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de febrero de 1999, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Rad. 11194; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de junio de 1999, C.P. Daniel Suárez Hernández. Rad. 14943; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de julio de 2000, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Rad. 12513; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 1996, C.P. Daniel Suárez Hernández. Rad. 10151; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de junio de 2012, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 13001-23-31-000-1996-01233-01 (21990); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 8 de febrero de 2012, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 17001-23-31-000-1996-05018-01 (20344); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de julio de 2015, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz. Rad. 25000232600019980242201 (32428); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de enero de 2012, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz. Rad. 25000-23-26-000-1997-03489-01 (20459). En lo que respecta a decisiones arbitrales, ver, entre otras, laudo arbitral del 10 de noviembre de 2004, Caracol Televisión vs. Comisión Nacional de Televisión, Cámara de Comercio de Bogotá; laudo arbitral del 11 de mayo de 2000, G.F. Servicios Empresariales vs. Corporación de Abastos de Bogotá S.A., Corabastos, Cámara de Comercio de Bogotá; laudo arbitral del 5 de mayo de 1997, Sepúlveda Lozano Cía. Ltda. vs. Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, Cámara de Comercio de Bogotá; laudo arbitral del 31 de marzo de 2004, Consorcio Procám Ltda. y Ossa Cia vs. Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá; laudo arbitral del 10 de febrero de 2015, Constructora Bogotá Fase III S.A., Confase S.A. vs. Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A., Cámara de Comercio de Bogotá.

43 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de abril de 1999, C.P. Daniel Suárez Hernández. Rad. 14855.

44 Ibid. "Del estudio de las pruebas obrantes en el proceso, y de las consideraciones arriba expuestas se puede inferir que el equilibrio financiero del contrato 021 de 1988 se menoscabó en detrimento de los intereses legítimos del contratista por causa del comportamiento contractual de la entidad demandada. Conductas tales como las siguientes: no pagar oportunamente las cuentas de cobro, no aprobar oportunamente los diseños o planos, no entregar la documentación correspondiente para el desarrollo de los trámites preliminares y ordenar en forma extemporánea la adición, supresión y cambios de las obras,

Más recientemente, en sentencia del 15 de febrero de 2012, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado acogió la misma posición⁴⁵. El actor solicitó que se declarara que la entidad, al terminar unilateralmente el contrato sin mediar justa causa, incumplió el acuerdo y provocó la ruptura del equilibrio económico, en detrimento del contratista⁴⁶.

La Subsección, con apoyo en lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80, sostuvo que "si la entidad estatal incumple el contrato, *el equilibrio económico se rompe* y debe restablecerse a la ecuación que surgió al momento de su perfeccionamiento que es tanto como decir que el contratista debe ser indemnizado integralmente". En este caso, la entidad fue condenada a reparar plenamente los perjuicios irrogados al contratista, lo que se dio con la sola constatación de que efectivamente se produjo un incumplimiento⁴⁷.

Similar postura ha sido acogida por la justicia arbitral, ya que en un caso semejante al anterior⁴⁸, el actor solicitó que se declarara que la entidad incumplió el contrato y que, como consecuencia de ello, se produjo la ruptura del equilibrio económico de este⁴⁹. Por su parte, el tribunal arbitral encontró acreditado el incumplimiento en el proceso y

etc. constituyen modalidades de incumplimiento en la administración con claras incidencias para la economía del negocio jurídico. En el presente caso, como se indicará en detalle en capítulos posteriores, se presentó un desequilibrio financiero del contrato de obra pública celebrado entre las partes, originado en el comportamiento de la administración, que al actuar como contratante, incurrió en acciones y omisiones que rompieron la correspondiente ecuación económica del contrato".

45 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de febrero de 2012, C.P. Jaime Orlando Santofimio. Rad. 85001-23-31-000-2000-00202-01 (19730).

46 Ibid. "Pide además que se declare que como el contrato se terminó de manera unilateral y sin justa causa, la demandada incumplió las obligaciones que impone el artículo 4° de la Ley 80 de 1993. Solicita también que se restablezca el equilibrio contractual que fue roto con el incumplimiento y que se condene a la accionada al pago de las sumas de dinero correspondientes al término restante de duración del contrato y al valor del mayor número de actividades médicas que realizó durante los dos meses de ejecución del contrato".

47 Ibid. "Partiendo entonces de lo que es verdad inmutable en este proceso, esto es, que la terminación del contrato por parte de CAJANAL E. P. S. es ilegal y por ende nulo el acto administrativo que la contiene, se sigue que la demandada incurrió en incumplimiento de lo pactado, pues a esto equivale el rompimiento unilateral de los negocios jurídicos estales sin causa legal que lo justifique, y que por lo tanto se impone para la entidad contratante el deber de reparar integralmente al contratista, esto es restablecerlo a la ecuación surgida al momento de la celebración del contrato, máxime si se tiene en cuenta que por ninguna parte aparece prueba de que el Doctor Ordener Chavez Tibaduiza hubiera incumplido alguna de las obligaciones a su cargo".

48 Laudo arbitral del 11 de diciembre de 2003, Fiducolumbia Fiduciaria la Previsora y Fiducafe vs. Ministerio de Salud, Cámara de Comercio de Bogotá.

49 Ibid. Las pretensiones de la demanda eran, en efecto, las siguientes: "Primera: Que el H. tribunal de arbitramento declare que el ministerio incumplió la obligación de pagar la comisión fiduciaria correspondiente a las 12.711 reclamaciones de la subcuenta ECAT, que fueron recibidas por el Consorcio Fidusalud, consorcio fiduciario, los (sic) cuales fueron revisadas y tramitadas en su totalidad por el Consorcio Fisalud, esto es, la suma de ciento cincuenta y cinco millones setecientos ochenta y seis mil dieciséis pesos (\$ 155.786.016) moneda corriente, de conformidad con lo establecido en el Contrato de Encargo Fiduciario No 0255 de 2000. Segunda: Que el H. tribunal de arbitramento declare que se rompió el equilibrio contractual, que se generó en contra del Consorcio Fisalud, por el no pago de la comisión fiduciaria, a que tenía derecho este consorcio, por concepto de las 12.711 reclamaciones de

concluyó que "resulta suficiente para que, de manera consecucional, también se concluya acerca de la prosperidad que corresponde a la pretensión segunda de la misma demanda, puesto que ese incumplimiento contractual, por parte de la entidad contratante, también generó la ruptura de la ecuación financiera del aludido Contrato n.º 02555 de 2000 y así se ha de declarar en la parte resolutive del presente laudo". Prósperas ambas pretensiones, el tribunal arbitral accedió a la tercera, formulada en forma consecucional, y condenó a la entidad al pago de intereses moratorios sobre las sumas impagas.

En este laudo, se destaca, el tribunal arbitral, consciente de que "en estricto rigor el incumplimiento contractual podría diferenciarse de la institución del equilibrio"⁵⁰, intenta explicar teóricamente las razones por las que puede ser "aceptable" incluir al incumplimiento dentro de las causas de desequilibrio. El incumplimiento, afirma, es una circunstancia que sobreviene a la celebración del contrato, ajena a la responsabilidad del contratista, que altera la equivalencia entre los derechos y obligaciones recíprocos que asumen las partes al contratar. Esta no ha de ser previsible, pues el contratante tiene derecho a esperar, más bien, que el otro cumpla con lo suyo⁵¹. Además, se trata de un álea anormal que, en cuanto tal, no ha de ser soportada por la parte afectada⁵².

Es de resaltar que, en esta decisión, la ruptura del equilibrio económico del contrato por razón del incumplimiento no se acompaña de un análisis acerca de si dicho equilibrio resultó efectivamente roto a causa del incumplimiento. Así, a diferencia de lo que sucede en los casos en que se discute la configuración de las demás causas de desequilibrio, no se juzga si la infracción de la entidad ocasionó una alteración grave y anormal de la ecuación contractual. Además, tampoco se encontraba en consideración si tal alteración se salió de toda previsión y no se hallaba comprendida dentro de la esfera de riesgos asumida por el contratista.

la subcuenta ECAT, entregadas por el ministerio al Consorcio Fidualud, consorcio fiduciario, pero tratadas en su totalidad por el Consorcio Fidualud".

50 Ibid.

51 Sobre este argumento, en otro laudo arbitral se afirma, en forma similar, que "[l]a responsabilidad por incumplimiento contractual, es título de imputación del daño antijurídico y, según lo expuesto, también del rompimiento del equilibrio económico, por cuanto *nadie está obligado a soportar el daño derivado de la falta de cumplimiento de la obligación de su contraparte contractual*". Laudo arbitral del 31 de marzo de 2004, Consorcio Procam Ltda y Ossa Cia vs. Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá.

52 "Aunque en estricto rigor el incumplimiento contractual podría diferenciarse de la institución del equilibrio, como se deja visto, tanto las normas legales como la jurisprudencia que se han ocupado del tema permiten identificar también el incumplimiento de la entidad estatal como una causa de la ruptura de la ecuación, cuestión que resulta aceptable como quiera que se trata de una circunstancia que sobreviene a la celebración del contrato; que es ajena, por completo, a la responsabilidad del contratista afectado; que altera la equivalencia entre los derechos y obligaciones recíprocos que asumen las partes al momento de concluir su relación contractual; que no tiene por qué ser previsible, puesto que la buena fe contractual enseña que el respectivo contratista debe esperar, razonablemente, que su cocontratante cumpla, adecuada y oportunamente sus respectivas obligaciones, amén de que se trata de un alea absolutamente anormal que el contratista afectado no tiene por qué soportar". Laudo arbitral del 11 de diciembre de 2003, Fiducolumbia Fiduciaria La Previsora y Fiducaf  vs. Ministerio de Salud, Cámara de Comercio de Bogotá.

Así, podemos identificar dos situaciones: primero, que exista una suerte de presunción de ruptura del equilibrio económico, la cual se activa con la mera constatación de la existencia de un incumplimiento por parte de la entidad que ha causado perjuicios al contratista. Y, segundo, que el entendimiento de que cualquier incumplimiento afecta la equivalencia entre los derechos y las obligaciones recíprocos que asumen las partes al momento de contratar provoca, a la postre, una ruptura tal. Sea lo uno o lo otro, cosa que no se puede apreciar claramente en las decisiones mencionadas, lo cierto es que bajo esta postura, el incumplimiento se abre paso como una causal especial de desequilibrio, que debe ser abordada, no a partir de los criterios tradicionalmente aplicados para juzgar la ruptura de la ecuación económica del contrato, sino desde los que son propios de la responsabilidad por incumplimiento. No por otra cosa se ha afirmado que la inclusión del incumplimiento, como una de las causas de desequilibrio, supone una "ampliación del alcance del principio de mantenimiento del equilibrio económico"⁵³.

Esta distinción, que parece sutil, tiene hondas implicaciones en los procesos en los que se discute la procedencia del restablecimiento y se antoja fundamental para orientar los esfuerzos probatorios de las partes. Quien el incumplimiento alega, así sea como factor de ruptura, no debe más que demostrar, como en cualquier juicio de responsabilidad contractual, la existencia de la obligación, la infracción de la misma por parte de la entidad y los perjuicios que ese actuar le ocasionó⁵⁴. Así, no resulta necesaria la prueba de que los perjuicios son de tal gravedad que desencadenaron la alteración anormal de la ecuación económica. Entonces, en una dimensión práctica, no está obligado a probar que los perjuicios tienen un valor representativo, en consideración al valor del contrato⁵⁵ o al de los gastos en que efectivamente se incurrió durante su ejecución⁵⁶, o que ellos

53 Laudo Arbitral del 7 de mayo de 2001, Concesionaria Vial de Los Andes S.A., Coviandes S.A. vs. Instituto Nacional de Vías, Cámara de Comercio de Bogotá.

54 Similar presentación de los presupuestos de la responsabilidad contractual se encuentra en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de marzo de 2015, C.P. Hernán Andrade Rincón (E). Rad. 25000-23-31-000-2006-00131-01 (37726). Allí se habla de tres elementos: i) la obligación contractual incumplida, en donde se deben identificar dos requisitos consistentes en "la obligación contractual exigible y la acción u omisión de una parte con la cual infringe el contrato"; ii) el daño causado a la parte cumplida, que "se concreta a través de los conceptos acogidos por el Código Civil: daño emergente que consiste en el perjuicio o pérdida causada y el lucro cesante que corresponde a la ganancia o provecho que dejó de reportarse", y iii) el nexo de causalidad entre la conducta y el daño.

55 "... debe, pues, el contratista... acreditar los riesgos que se hicieron efectivos y los sobrecostos asumidos y cuantificarlos frente al valor del contrato, incluidas las sumas que haya presupuestado en el factor de imprevistos, es decir, demostrar la realidad económica del contrato que permita reclamar a la entidad pública contratante el restablecimiento del equilibrio financiero del mismo". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2003. Rad. 19.478.

56 "En tales condiciones, se evidencia la falta de prueba de la excepcional onerosidad que supuestamente representó el cumplimiento de la medida estatal frente a las condiciones generales del contrato pactadas al momento de su celebración, es decir que no se acreditó en realidad, el elemento indispensable para condenar a la entidad demandada, esto es, el rompimiento del equilibrio económico del contrato, toda vez que no hay manera de establecer, frente al total de gastos que implicó la ejecución del contrato, cuál fue el resultado en materia de utilidades o pérdidas del contratista, para deducir a partir de estos datos, la real condición de la ecuación económica del negocio jurídico y si la misma mantenía el equilibrio creado al momento de

superan el porcentaje dispuesto al contratar para atender las situaciones imprevistas⁵⁷, ni a abocarse a la elaboración de complejos ejercicios financieros encaminados a acreditar la alteración⁵⁸.

Esta tesis, por lo demás, parece ser la que más se ajusta al entendimiento que tuvo el legislador cuando ubicó al incumplimiento como una de las causas de desequilibrio económico del contrato. La doctrina que le sirvió de sustento, identificable en la exposición de motivos de la Ley 80^[59], fue la del profesor argentino MIGUEL MARIENHOFF, quien en su obra sostiene:

"El 'equilibrio económico financiero' del contrato puede sufrir menoscabo por tres circunstancias fundamentales:

a) *Causas imputables a la Administración en cuanto ésta no cumple con las obligaciones específicas que el contrato pone a su cargo*, sea ello por dejar de hacer lo que le corresponde o introduciendo 'modificaciones' al contrato, sean éstas abusivas o no.

b) Por causas imputables al 'Estado', inclusive, desde luego, a la Administración Pública, sea ésta o no la misma repartición que intervino en la celebración del contrato. Los efectos de estas causas inciden, o pueden incidir, por vía refleja en el contrato administrativo.

c) Por trastornos de la economía general del contrato, debidos a circunstancias externas, no imputables al Estado, y que inciden en el contrato por vía refleja.

contratar, o si éste verdaderamente se afectó de manera grave". Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Rad. 70001-23-31-000-1996-05631-01 (15119).

57 "La Sala considera que en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje para imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contar con esa partida, ésta resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato. Debe, pues, el contratista soportar un álea normal y si éste es anormal habrá de demostrarlo; no basta simplemente afirmarlo y para ello tiene la carga de la prueba consistente, fundamentalmente, en acreditar los riesgos que se hicieron efectivos y los sobrecostos asumidos y cuantificarlos frente al valor del contrato, incluidas las sumas que haya presupuestado en el factor imprevistos; es decir, demostrar la realidad económica del contrato que permita reclamar a la entidad pública contratante el restablecimiento del equilibrio financiero del mismo". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Rad. 16.433; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de abril de 2016, C. P. Hernán Andrade Rincón. Rad. 25000-23-26-000-2003-00103-01 (33128), en donde se afirma que "los efectos económicos que se hubieren podido generar en razón de las demás circunstancias que según la demanda dieron lugar a la prórroga del contrato, debieron estar cubiertos por el porcentaje de imprevistos, por lo cual el rompimiento del equilibrio económico únicamente podría considerarse configurado en caso de que los costos hubieren superado dicho porcentaje; sin embargo, siendo de cargo de la parte actora, de ello tampoco obra prueba en el expediente".

58 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 20 de octubre de 2014. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24809).

59 Exposición de motivos de la Ley 80 de 1993.

En la primera hipótesis se estará en presencia de un supuesto común de responsabilidad contractual del Estado; en la segunda hipótesis aparece el denominado 'hecho del príncipe' ('fait du prince'); en el tercer supuesto surge la llamada 'teoría de la imprevisión'.

(...)

Cuando la Administración Pública no cumple con las obligaciones que el contrato pone a su cargo, alterando por esa vía el equilibrio económico financiero del mismo, ello determina un supuesto de responsabilidad contractual del Estado.

(...)

Como criterio general, los principios de la responsabilidad contractual en derecho administrativo son los mismos que rigen en el derecho civil.

Sería contrario a toda 'lógica' y a toda 'moral' no responsabilizar al Estado por el incumplimiento de un contrato. Una 'irresponsabilidad' semejante chocaría con el concepto mismo de 'derecho'. Los contratos —a través de los cuales las partes establecen y limitan recíprocamente sus derechos y obligaciones— se hacen para ser cumplidos y respetados: el quebrantamiento de esta norma esencial de conducta determina 'responsabilidad'⁶⁰.

Como se observa, el autor, si bien enmarca al incumplimiento dentro de las causas de desequilibrio económico del contrato, no deja de resaltar que este da lugar a la responsabilidad contractual de la administración. Sin embargo, esta situación no se regula por reglas especiales de derecho público, sino por las mismas reglas del derecho común sobre la materia. Entonces, en relación con esta responsabilidad, el autor no plantea la exigencia de que el actor allegue prueba de la existencia de una alteración grave de la ecuación económica del contrato, ya que dicha exigencia se asocia a otras causas de desequilibrio⁶¹.

Otros autores, ya en el medio colombiano, han acogido una postura similar. Entre ellos, el profesor LIBARDO RODRÍGUEZ ha expresado lo siguiente:

60 MARIENHOFF, MIGUEL. Tratado de Derecho Administrativo. 3.ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983, t. III-A, p. 474.

61 Ibid., p. 523. Para esta misma conclusión, también en la doctrina argentina, BERÇAITZ, MIGUEL ÁNGEL. Teoría General de los Contratos Administrativos. 2.ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980, p. 386. En igual sentido, Dromi ubica al "Incumplimiento de las obligaciones de la Administración Pública" dentro de las potenciales causas de alteración del equilibrio económico del contrato, resaltando en todo caso que "[c]uando la Administración Pública sin más no cumple con sus obligaciones, alterando con su conducta el equilibrio económico-financiero del contrato, abre el cauce a la responsabilidad contractual del Estado por hechos de la Administración" y que "[l]os principios que rigen la responsabilidad contractual del Estado, es decir que imperan en el derecho administrativo, son los mismos que en el derecho civil". DROMI, ROBERTO. Derecho Administrativo. 5.ª ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 361.

"(...) a nuestro juicio bien puede clasificarse al incumplimiento de las obligaciones contractuales como causal de ruptura del equilibrio económico del contrato administrativo, pues lo cierto es que el acreedor insatisfecho tendrá derecho al restablecimiento de las prestaciones pactadas, mediante el pago de los perjuicios sufridos, *siempre que se configuren los requisitos especiales de la responsabilidad contractual, a pesar de que estos últimos sean distintos de los demás eventos de ruptura del equilibrio económico del contrato*. Es decir, que tanto la configuración de las causales que tradicionalmente han dado sustento a la aplicación del principio del equilibrio económico del contrato, como el incumplimiento, comprometen la responsabilidad de las partes del contrato, a pesar de que dichas causales y el incumplimiento exijan elementos diferentes para su configuración y aún tengan efectos también diferentes.

Además, desde el punto de vista normativo, no cabe duda de que el numeral 1 del artículo 5° de la ley 80 de 1993 consagra inequívocamente al incumplimiento de las obligaciones contractuales como causal de ruptura del equilibrio económico del contrato, lo cual impone que en el derecho colombiano dicha figura deba ser estudiada dentro del principio analizado en esta obra, obviamente con las precisiones derivadas de la especialidad de la misma.

(...)

En conclusión, podemos afirmar que la idea de la ruptura del equilibrio económico de los contratos administrativos puede tener dos acepciones diferentes. Una restringida, que comprende únicamente aquellas situaciones en las cuales se produce una alteración de la equivalencia de las prestaciones como consecuencia de los fenómenos o teorías de la potestas variandi, el hecho del príncipe y la imprevisión. Y una amplia, que incluye a toda situación en la cual pueda verse alterada la equivalencia material de las prestaciones a cargo de las partes, es decir, que comprende tanto la alteración producto de los fenómenos o teorías mencionados, como la alteración que obedece al incumplimiento de las obligaciones contractuales⁶².

DÁVILA VINUEZA, en similar sentido, afirma:

"Muchos autores sostienen fundados en argumentos serios que el incumplimiento de obligaciones, estricto sensu no genera el rompimiento de la ecuación económica y financiera del contrato sino que constituye un típico caso de responsabilidad contractual. De igual manera el Consejo de Estado en sendos fallos ha reconocido la diferencia.

62 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Op. cit., p. 145. Igual opinión ha expresado el autor en otras de sus obras. Ver RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. El equilibrio económico en los contratos administrativos. En: Revista de la Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011. n.º 66, p. 85; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. Derecho Administrativo. General y Colombiano. 16 ed. Bogotá: Temis, 2008, p. 443.

Empero, el legislador en este particular caso tomó expresa partida por la postura doctrinaria que sí identifica el incumplimiento como una de las especies de eventos que rompen la ecuación.

Así ocurre cuando en el numeral 1 del artículo 5° de manera explícita se indica que el incumplimiento de obligaciones rompe la ecuación contractual. Es entendible que de esa manera lo haya dispuesto porque los incumplimientos de obligaciones implican cambios de las condiciones tenidas en cuenta para la ejecución del contrato, fundamento teórico de la ejecución contractual, e incluye mayores costos para el contratista. El solo retardo en el pago propicia gastos adicionales que no deberían ser soportados por el contratista. Esa circunstancia no se opone a que el incumplimiento de una obligación propicie el nacimiento de la teoría de la responsabilidad contractual. Es decir, que bajo el reconocimiento expreso que los incumplimientos de obligaciones afectan la ecuación del contrato, su tratamiento ha de encaminarse por la ruta que traza toda la estructura jurídica que desde épocas antiquísimas se ha elaborado.⁶³

Ahora bien, el principio de conservación de la ecuación económica del contrato ha tenido vocación dentro de del Consejo de Estado. En consecuencia, la jurisprudencia ha llegado a concluir que si se ha planteado una pretensión de restablecimiento económico del equilibrio contractual, la ausencia de una pretensión encaminada a declarar un incumplimiento no es obstáculo para que el juez declare una infracción imputable a la entidad. Dicho de otro modo, alegada la ruptura, el juez queda habilitado para estudiar si se ha configurado alguna de las causas que pueden generar responsabilidad estatal. Así, el incumplimiento resulta habilitado para declarar la responsabilidad y extraer de allí la obligación de indemnizar a cargo de la entidad.

Un caso resuelto por el Consejo de Estado en sede del recurso de anulación interpuesto contra un laudo arbitral puede servir para explicar lo anterior⁶⁴. El INVÍAS perseguía la anulación de un laudo arbitral proferido en su contra, con base en una supuesta falta de congruencia entre el contenido de las pretensiones y el laudo arbitral. Entonces, se declaró el incumplimiento de la entidad, sin que la parte convocante solicitará tal pretensión.

Tras llevar a cabo la interpretación de las pretensiones y los hechos de la demanda arbitral, el Consejo de Estado afirmó que el demandante sí formuló la pretensión de declaratoria de incumplimiento. Además, como argumento adicional para descartar la anulación, el hecho de que se hubieran planteado pretensiones encaminadas a la declaratoria

63 DÁVILA VINUEZA. Op. cit., p. 713. Ver, además, dentro de esta misma línea, QUINTERO MÚNERA, ANDRÉS y MUTIS VANEGAS, ANDRÉS. Los Contratos del Estado en la Ley 80 de 1993. Bogotá: Editorial Temis, 1995, p. 18; ESCOBAR GIL. Op. cit., p. 503, quien, tras sostener que "El artículo 5.1 de la Ley 80 de 1993 en forma clara y expresa considera el incumplimiento contractual como un fenómeno que altera el equilibrio económico del contrato", afirma que "la responsabilidad contractual es tan sólo una de las técnicas que arbitra el derecho para restablecer la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de la celebración del contrato". Ver, también, AROCHA ALARCÓN, YESID y PINO RICCI, JORGE. El Equilibrio Económico y Financiero del Contrato. En: Régimen de Contratación Estatal. PINO RICCI, JORGE (comp.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 268.

64 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de julio de 2015, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz (E). Rad. 11001-03-26-000-2015-00029-00 (53181).

de la ruptura del equilibrio económico del contrato, como lo hizo el convocante en ese caso, permitía entender que se solicitó igualmente la de incumplimiento del contrato, pues este es, conforme lo establece el artículo 5 de la Ley 80, una de las posibles causas de la ruptura del equilibrio económico:

"En este sentido, el desequilibrio económico del contrato se presenta por varias razones, como lo señala la Ley 80 de 1993, artículo 5, de manera que *cuando se pide, como en el caso concreto, que se declare el rompimiento del equilibrio económico del contrato, por causas específicas, como el suministro de material de cantera para terraplén y transporte de material granular de cantera para terraplén, donde se reconocen menores cantidades a las acordadas o no se pagan actividades realizadas, como la imprimación, tal solicitud incluye o supone lógicamente la declaración de incumplimiento del contrato, por tratarse de una de las razones, hechos o circunstancias generadoras del rompimiento de la ecuación económica del contrato*".

Es esta conclusión del Consejo de Estado, quizá, la que permite dibujar alguna verdadera implicación práctica de la consagración del incumplimiento como causal de ruptura del equilibrio económico del contrato, pues, como ya se anotó, bajo esta posición el incumplimiento debe ser juzgado en cualquier caso en atención a los principios de la responsabilidad contractual y no a unos distintos, lo cual, como parece obvio, sucedería aun si el incumplimiento no fuera concebido como causa de desequilibrio.

Otra posible implicación, relacionada con la forma de restablecer el equilibrio económico roto a causa de un incumplimiento contractual, fue planteada en el año 2001 por un tribunal arbitral convocado para conocer de una demanda contra el INVÍAS⁶⁵. Según se ha reconocido, si la ruptura es ocasionada por el incumplimiento de la entidad –y se incluye también al ejercicio del *ius variandi* y al hecho del príncipe⁶⁶– surge para el contratista el derecho a obtener una indemnización que comprenda, no solo el daño emergente, como ocurre cuando tal ruptura es producida por circunstancias imprevistas enmarcadas dentro de los supuestos de la teoría de la imprevisión, sino también las ganancias dejadas de percibir a razón del incumplimiento, esto es, el lucro cesante⁶⁷. El contratista, entonces, tiene derecho a una indemnización integral, que es la misma que reconoce de antaño la responsabilidad contractual⁶⁸.

65 Laudo arbitral del 7 de mayo de 2001, Concesionaria Vial de Los Andes S.A., Coviandes S.A. vs. Instituto Nacional de Vías, Cámara de Comercio de Bogotá.

66 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Op. cit., p. 64 y 96.

67 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de febrero de 2012, C.P. Jaime Orlando Santofimio. Rad. 85001-23-31-000-2000-00202-01 (19730).

68 El artículo 1613 del Código Civil dicta que "[l]a indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento". El Consejo de Estado ha señalado, de manera acorde, que "[e]n el ámbito de la responsabilidad contractual de la Administración Pública, en aplicación

Pues bien, aunque de inicio este postulado es reconocido en la decisión arbitral mencionada⁶⁹, más adelante se anuncia, en relación con el caso concreto, que "el tribunal ha llegado a la conclusión de que en el presente proceso, si hubiera lugar al resarcimiento de deméritos económicos, *tal resarcimiento habría de hacerse con base en las reglas del derecho común sobre indemnización de perjuicios por incumplimiento de obligaciones contractuales y no a través del restablecimiento de la ecuación financiera del contrato*". De ese modo, la existencia de dos posibles consecuencias del incumplimiento: una, que al parecer se trata como residual o subsidiaria la indemnización de perjuicios definida con base en las reglas de derecho común, entiéndase las de la responsabilidad contractual. Y otra, principal si se quiere, que consiste en el restablecimiento propiamente dicho de la ecuación económica y que, para el tribunal, se habría llevado a cabo en ese caso mediante la reestructuración de la tasa interna de retorno (TIR) del proyecto⁷⁰.

En el caso concreto, el tribunal concluyó que al no existir una ecuación económica que pudiera ser utilizada como referencia para el restablecimiento, era preciso acudir a la indemnización de perjuicios definida de conformidad con las reglas del derecho común. Esto debido a que las partes redefinieron la ecuación económica inicial a través de una modificación contractual, y en forma expresa excluyeron la nueva ecuación de los

del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, cuando ella incumple sus obligaciones "... el contratista del Estado tiene derecho a que la administración le indemnice la totalidad de los daños derivados del incumplimiento contractual, tanto los que se manifiestan como una disminución patrimonial (daño emergente), como los que se traducen en la privación de las utilidades o ganancias que esperaba percibir por la imposibilidad de ejecutar total o parcialmente el proyecto (lucro cesante)...", daño contractual o lesión del derecho de crédito que debe ser cierto, particular y concreto, no eventual ni hipotético, tener protección o tutela jurídica y su existencia establecerse plenamente en el respectivo proceso con las pruebas que reposen en él". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 25000-23-26-000-1997-03663-01 (17214).

- 69 "Si contra lo que espera el derecho en materia contractual, que es el cumplimiento cabal por las partes de sus prestaciones recíprocas, acontece que una de ellas, sin motivo legal que lo justifique, se aleja de ejecutar cabalmente las obligaciones que ha contraído, y tal hecho ciertamente ha ocasionado un daño que ha alterado el equilibrio económico del contrato, *está en la obligación de repararlo en las dos modalidades que lo integran, o sea, tanto el daño emergente como el lucro cesante*, orientado el primero al restablecimiento de lo perdido, al reembolso de los gastos que con tal motivo haya hecho el damnificado, y el segundo, como lo pone de presente la misma expresión, busca reparar las ganancias ciertas que han dejado de percibirse a consecuencia del hecho dañino". Laudo Arbitral del 7 de mayo de 2001, Concesionaria Vial de Los Andes S.A., Coviandes S.A. vs. Instituto Nacional de Vías, Cámara de Comercio de Bogotá.
- 70 Ibid. "De ahí que el tribunal esté persuadido de que en ese momento dadas las manifestaciones vertidas en los documentos de la concesionaria y en los testimonios recaudados esta tomó la decisión de no iniciar la fase de construcción hasta tanto se aclararan las cosas, *se restableciera la ecuación económica del contrato mediante la reestructuración de la TIR*, el Invías cubriera los mayores costos con recursos del presupuesto e incluso se reformaran aspectos sustanciales del contrato, pues también se fijó este último objetivo, aprovechando el proceso de negociación que se vislumbraba como un camino inevitable".

perjuicios reclamados⁷¹. Así, en virtud de lo anterior, se terminó condenando a la entidad al pago de los perjuicios demostrados en el proceso⁷².

Es de admitir que esta distinción en cuanto a la forma de restablecer la ecuación económica del contrato en caso de incumplimiento no ha tenido mayor eco en la doctrina ni en la jurisprudencia que se han ocupado del tema, las cuales encuentran en la indemnización de perjuicios, definida conforme a las reglas generales, la consecuencia natural del incumplimiento, incluso visto como causal de ruptura del equilibrio económico del contrato.

3. Tercera tesis: el incumplimiento, como causal de ruptura que es, debe ser juzgado bajo los parámetros utilizados tradicionalmente para juzgar las demás causales de ruptura del equilibrio económico del contrato

Hasta este punto, podrá advertir el lector que ninguna utilidad tiene la discusión acerca de si el incumplimiento forma parte de las causales de ruptura del equilibrio económico del contrato. Sin embargo, independientemente de la tesis que sea acogida, cualquier caso será analizado con base en las reglas de la responsabilidad contractual, lo cual genera la obligación de indemnizar plenamente los perjuicios ocasionados. Sería incontrovertible, entonces, lo afirmado por cierto autor en cuanto que "no vale la pena la discusión acerca de si un incumplimiento rompe o no la ecuación contractual. Lo realmente importante es saber que las obligaciones surgen para ser cumplidas y que su incumplimiento genera perjuicios que deben reconocerse según los principios y normas dispuestos en el derecho común"⁷³.

Pues bien, una nueva tesis jurisprudencial, esbozada primero por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado y luego desarrollada y aplicada por la Subsección C de esa misma Sección, ha hecho que esa discusión adquiera una especial importancia. Según esa nueva tesis, el incumplimiento, como causal de desequilibrio, debe ser analizado a partir de las mismas reglas y exigencias aplicables a las demás causas de

71 Ibid. "Por lo tanto, tres razones fundamentales le impiden al tribunal acceder a dar aplicación a la tesis planteada por le Invías, en el sentido de que con la nueva ecuación quedó plenamente resarcida la concesionaria. La primera, porque no están probados los elementos fácticos sobre los cuales se apoya la tesis. La segunda, porque con ella se traicionaría lo pactado expresamente por las partes, quienes quisieron darle proyección futura a la segunda ecuación, sin retrotraerla para reparar perjuicios anteriores que quedaron expresamente excluidos del aludido acuerdo de 1996, y la última, porque como ya lo señaló el tribunal, *al quedar por fuera de la nueva ecuación los daños que aquí se demandan, y al no tener tampoco aplicabilidad la primera ecuación, por haber quedado sin efectos según la voluntad de los contratantes, no pueden resarcirse tales daños mediante el restablecimiento de una de tales ecuaciones, de manera que para este propósito deberá acudir a las reglas del derecho común sobre indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual*".

72 En la parte resolutive, el tribunal arbitral dispuso: "(...) Declarar que en desarrollo del contrato 444 de 1994, celebrado entre el Instituto Nacional de Vías y la sociedad Concesionaria Vial de los Andes S.A., Coviandes S.A., se presentaron situaciones no imputables al contratista, que le crearon una situación de mayor onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, la cual será reparada mediante la aplicación de las reglas de derecho común sobre indemnización de perjuicios y no mediante el restablecimiento de la ecuación económica del contrato".

73 DÁVILA VINUEZA. Op. cit., p. 713. Para esta misma posición, ver RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Op. cit., p. 146.

ruptura del equilibrio económico del contrato. Así, no se trata de una causal especial de desequilibrio que se juzga con unas reglas distintas a las del restablecimiento, sino que es una causal más de ruptura. Por consiguiente, este caso debe recibir el mismo tratamiento que las demás causales de quebrantamiento de la ecuación contractual.

Para comenzar, debe hacerse mención a la sentencia del 20 de noviembre de 2008^[74] proferida en el marco de un contrato de obra cuya ejecución se extendió más allá del plazo estipulado. En este caso, el demandante no alegaba expresamente la ruptura del equilibrio económico del contrato, sino simplemente que la entidad incumplió el contrato por negarse a reconocer los mayores costos derivados de la mayor permanencia en obra⁷⁵. Entonces, la Sección Tercera expresó que cuando un incumplimiento de la entidad produce la prórroga de un término para la ejecución de obras, el contratista tiene derecho a la reparación de los perjuicios que de ello le resulten, para lo cual se deben probar los mayores costos en los que se incurrió y una afectación en el equilibrio económico del contrato, lo que permite acreditar que el contratista se encuentra en un estado de pérdida:

"La mayor permanencia de obra se refiere a la prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, por hechos no imputables al contratista, y debido al incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante, que aun cuando no implican mayores cantidades de obra u obras adicionales, traumatizan la economía del contrato en tanto afectan su precio, por la ampliación o extensión del plazo, que termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento.

De ahí que, ante conductas transgresoras del contrato por parte de la entidad contratante, que desplazan temporalmente el contrato por un período más allá del inicialmente pactado, surge el deber jurídico de reparar por parte de la Administración al contratista cumplido, siempre y cuando se acrediten esos mayores costos y se demuestre la afectación al equilibrio económico del contrato⁷⁶, esto es, que se encuentra el contratista en punto de pérdida⁷⁷ (la cursiva es nuestra).

74 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 50422-23-31-000-1992-01369-01 (17031).

75 Ibid. "Tercera.- Que el Municipio de Sabaneta incumplió el 'Contrato de obra pública para la ampliación de la escuela Adelaida Correa', suscrito el día 25 de febrero de 1991, principalmente por los siguientes aspectos: (...) No reconocimiento de extracostos en razón de la mayor permanencia en obra".

76 La Sala ha dicho que "para que resulte admisible el restablecimiento de tal equilibrio económico del contrato, debe probar que esos descuentos, representaron un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab initio, que se sale de toda previsión y que le representó una mayor onerosidad de la calculada y el tener que asumir cargas excesivas, exageradas, que no está obligado a soportar, porque se trata de una alteración extraordinaria del álea del contrato; y esto es así, por cuanto no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, reiterada, entre otras providencias, por la sentencia de 8 de marzo de 2007, Exp. 15052 (la cita es del texto original).

77 Actualmente, el numeral 1 del artículo 5.º de la Ley 80 de 1993, determina que el restablecimiento

Obsérvese que la Sección Tercera abordó la problemática del incumplimiento desde la noción del equilibrio económico del contrato y planteó que la obligación de indemnizar supone la prueba, lo cual se produce con la existencia de los perjuicios (“mayores costos”) y la ruptura del equilibrio económico del contrato⁷⁸. Además, con la cita de otra providencia de la misma corporación –providencia que, valga decirlo, se refería a un caso en el que se alegaba la configuración del hecho del príncipe y no el incumplimiento de la entidad–⁷⁹ que, para demostrar lo segundo, esto es, la fractura del equilibrio, lo que se demanda es la evidencia del “quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida ab - initio, que se sale de toda previsión y que le representó una mayor onerosidad de la calculada y el tener que asumir cargas excesivas, exageradas, que no está obligado a soportar, porque se trata de una alteración extraordinaria del álea del contrato”.

Esto se debe a que “no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él”⁸⁰. En el caso concreto, las anteriores afirmaciones no pasaron de ser un *obiter dicta* en la decisión, ya que la parte resolutive de la sentencia no le dio procedencia a las pretensiones del contratista⁸¹.

Tiempo después, en sentencia del 31 de agosto de 2011^[82], la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado conoció de un caso en el que el demandante afirmaba que se había producido la ruptura del equilibrio económico del contrato, en razón del incumplimiento de la entidad y del ejercicio que esta hizo del *ius variandi*. Tras

de la ecuación financiera por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas debe hacerse “a un punto de no pérdida” (la cita es del texto original).

- 78 El aparte transcrito fue reproducido textualmente en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de marzo de 2015, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Rad. 05001-23-26-000-1995-01628-02 (26224). En el caso, sin embargo, las pretensiones del actor fueron denegadas por cuanto había renunciado previamente a reclamar por las consecuencias de la mayor permanencia en obra. El aparte transcrito también fue reproducido, como pie de página, en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2012, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Rad. 25000-23-26-000-1996-13048-01 (25388). Allí se afirma que “[e]s claro que las dificultades en la aprobación de los diseños por parte de terceros, así como la entrega de los predios para adelantar las obras, prolongaron la ejecución contractual, situación que debe repararse en tanto se demuestren los mayores costos y el punto de pérdida del contratista”.
- 79 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 2003, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Rad. 70001-23-31-000-1996-05631-01 (15119).
- 80 Ibid.
- 81 “... lo que se subraya es que no se probó por la sociedad demandante que en esos tres (3) meses que alega como mayor permanencia de obra hubiera utilizado un personal diferente al asignado al contrato inicial materia de controversia para ejecutar aquella obra de alistamiento del terreno, como tampoco existe prueba de los contratos de alquiler de las máquinas que alega, de manera que no había lugar a reconocimientos diferentes a los contenidos en la orden extendida por la Administración Municipal el 29 de abril de 1991, por mayores costos”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 50422-23-31-000-1992-01369-01 (17031).
- 82 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011. C.P. Ruth Stella Correa. Rad. 25000-23-26-000-1997-04390-01 (18080).

hacer alusión a la discusión que existe en torno de la ubicación del incumplimiento como causal de ruptura y concluir a ese respecto que "lo cierto es que el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 lo contempla como un evento de desequilibrio financiero", la Subsección plantea lo siguiente:

"Sea lo que fuere, dentro de los requisitos necesarios para el reconocimiento de las causas anotadas de rompimiento del equilibrio financiero o económico del contrato, está el de la demostración o prueba de una pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato.

Es decir, *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 o que con su conducta contractual generó la legítima confianza de que fueron asumidos.

A este respecto, se observa que en cierto tipo de contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de administración – imprevistos – utilidad -, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del contrato. En efecto, en los contratos de obra pública, ha manifestado el Consejo de Estado que *'en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato'*⁸³.

Entonces, aunque la Subsección B denegó las pretensiones del caso con fundamento en otras razones,⁸⁴ encontró deficiencias de los medios probatorios aportados para la demostración de los perjuicios reclamados. Lo que llama la atención es que se afirma que todas las causas de ruptura del equilibrio económico del contrato exigen "la demostración o prueba de una pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato", de donde se deriva que "no basta con probar que el Estado incumplió el contrato", pues se requiere además la prueba de que el incumplimiento "representó un quebrantamiento grave de

83 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, Exp. 16.433, C.P. Ricardo Hoyos Duque (la cita es del texto original).

84 Particularmente, en la ausencia de salvedades del contratista en los documentos mediante los cuales se amplió el plazo del contrato. Sobre este tema, ver numeral 3 del presente acápite.

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”.

Para satisfacer la tarifa probatoria, la Subsección plantea la necesidad de tener en consideración el porcentaje dispuesto en la propuesta para atender las situaciones imprevistas que se presentaran a lo largo de la ejecución del contrato. Vale decir, que dentro del concepto de AIU, es imperioso acreditar “que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato”. Esta última conclusión fue traída por la Subsección B a través de la cita de una decisión del Consejo de Estado de diciembre de 2003⁸⁵, en la cual dicha tarifa probatoria fue planteada en el marco de un caso en el que se discutía la aplicación de la teoría de la imprevisión y no el incumplimiento de la entidad.

En providencia posterior, del 29 de octubre de 2012⁸⁶, la Subsección B de la Sección Tercera nuevamente planteó la tesis que se acaba de referir, también sin aplicarla directamente al caso concreto⁸⁷. Sin embargo, la nueva tesis fue formulada a modo de *obiter dicta* por la Subsección B y fue acogida sin miramientos por la Subsección C de la

85 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, Exp. 16.433, C.P. Ricardo Hoyos Duque (la cita es del texto original).

86 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2012, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Rad. 13001-23-31-000-1992-08522-01 (21429).

87 Ibid. “35. Así las cosas, la mayor permanencia en obra o prolongación en el tiempo de la ejecución del contrato, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones o deberes por la entidad pública contratante o la ocurrencia de hechos externos a las partes configurativos de situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que impiden la ejecución temporal del negocio jurídico, sea que impliquen o no mayores cantidades de obra u obras adicionales, puede llegar a traumatizar la economía del contrato en tanto afectan su precio debido, pues la ampliación o extensión del plazo termina aumentando los valores de la estructura de costos (administrativos, de personal, equipos, etc.) prevista inicialmente por el contratista para su cumplimiento, situación que da lugar a la reparación de los perjuicios que se le produzcan, siempre y cuando se acrediten y estén debidamente demostrados, o llevarlo a un punto de no pérdida, según el caso. (...) 37. Ahora bien, dentro de los requisitos necesarios para el reconocimiento de las causas anotadas (como la de las demás) de rompimiento del equilibrio financiero o económico del contrato, está el de la demostración o prueba del hecho que la configura y de la pérdida real, grave y anormal en la economía del contrato. Es decir, cualquiera que sea la causa que se invoque, se observa que el hecho mismo -que debe ser probado- 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. 38. Por eso, bien ha sostenido esta Corporación que *debe probarse que el Estado incumplió el contrato o lo modificó unilateralmente o se presentó cualquiera de los eventos que afecte el equilibrio económico del contrato y, además, para que resulte admisible el restablecimiento del mismo, 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*. Igualmente, a este respecto, se observa que en cierto tipo de contratos, como son los de obra, el denominado factor que se incluye en las propuestas por los contratistas de administración-imprevistos-utilidad-, comúnmente llamado AIU, es determinante para la demostración del desequilibrio económico del contrato, pues como lo ha manifestado esta Corporación ‘en los contratos en los que en la cláusula relativa a su valor se incluya un porcentaje de imprevistos, le corresponde al contratista, en su propósito de obtener el restablecimiento de la ecuación financiera, demostrar que a pesar de contarse con esa partida esa resultó insuficiente y superó los sobrecostos que se presentaron durante la ejecución del contrato’.

Sección Tercera del Consejo de Estado⁸⁸. Esta decisión, por primera vez, muestra que la ubicación del incumplimiento como causal de desequilibrio económico del contrato puede conducir a grandes equívocos teóricos, lo cual es un incentivo para que las entidades estatales no cumplan con sus obligaciones contractuales.

La entidad había incumplido el contrato de obra por no entregar oportunamente al inicio del contrato ni a lo largo de su ejecución los predios sobre los que se ejecutarían las actividades, lo cual motivó la suspensión del contrato recién suscrita el acta de inicio, con la consecuente mayor permanencia en obra para el contratista. Este, en su demanda, formuló dos pretensiones atañedoras al tema de los predios, la una, principal, encaminada a “[d]eclarar que el Instituto Nacional de Vías *incumplió* el Contrato n.º 352 de 1994 suscrito con la sociedad Conconcreto S.A. el día 27 de junio de 1994, al no haber otorgado oportunamente la totalidad de los predios sobre los cuales se iba a ejecutar la obra”, y la otra, formulada “[e]n forma *subsidiaria* a la anterior pretensión”, dirigida a “que se declare que la demora en la entrega de los predios por parte del Instituto Nacional de Vías *provocó la ruptura del equilibrio económico* del Contrato n.º 352 de 1994 y que, por tanto, se condene a esta entidad al pago de todas las sumas que compensen los sobrecostos y restablezcan el equilibrio existente al momento de la celebración del contrato”.

Aun cuando la aplicación de las reglas de acumulación de pretensiones determinaba, a simple vista, que el tema de la ruptura del equilibrio económico solo podía ser abordado si el Consejo de Estado previamente despachaba en forma desfavorable la pretensión principal de incumplimiento⁸⁹, la alta corporación razonó que “tanto las principales como las subsidiarias se fundamentan en que los predios no fueron entregados o en que no se pagó oportunamente el valor de las cuentas de cobro, es decir en la inejecución por parte de INVIAS de unas prestaciones a su cargo, lo que es tanto como decir que se apoyan en el incumplimiento del contrato, y por consiguiente, *trátese de aquellas o de estas, en verdad se invoca un mismo sólo fenómeno: la ruptura del equilibrio económico del contrato en razón del incumplimiento de las obligaciones derivadas de él*”.

Entonces, la Subsección C interpretó que la pretensión de responsabilidad contractual podía ser principal y la pretensión de ruptura del equilibrio económico del contrato por causa del incumplimiento, subsidiaria. Así, se analizan estas dos peticiones como el mismo fenómeno de desequilibrio por infracción del contrato. De la misma forma, no habría tenido en realidad ningún efecto práctico distinto si se hubiera juzgado el incumplimiento con base en las reglas y presupuestos de la responsabilidad contractual, como lo venía haciendo la jurisprudencia, según se expuso en el acápite anterior.

88 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia 20 de octubre de 2014. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24809).

89 “(...) es posible acumular peticiones contradictorias cuando se proponen en forma principal y subsidiaria, porque el juez debe pronunciarse primero sobre la principal y, en caso de que éste no prospere, considerar la subsidiaria, ya que frente a tal formulación la incongruencia desaparece. Si el juez no encuentra probada la principal, puede pronunciarse sobre la subsidiaria”. LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. Procedimiento Civil. Parte General. 10 ed. Bogotá: Dupré Editores, 2009, t. 1, p. 465.

No fue eso, sin embargo, lo que hizo la Subsección C. Optó, en cambio, por acoger el *obiter dicta* de la mencionada providencia de la Subsección B del 31 de agosto de 2011 esto es, equiparar el incumplimiento a las demás causas de desequilibrio económico del contrato. Así, esto fue un obstáculo para que no prosperaran las pretensiones del contratista por no acreditar la alteración grave e imprevisible de la economía del contrato a causa del incumplimiento. A su vez, ajena a los riesgos asumidos por el contratista:

"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 este es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.*

(...) la ruptura del equilibrio económico para que abra paso a una indemnización supone la demostración de que la alteración económica del contrato es grave, que se sale de toda previsión y que no está comprendida dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contrato que deban ser asumidos por el contratista.

Y es que como en los casos de obra pública, como es este, en las propuestas y en los mismos contratos se incorporan los factores de administración, imprevistos y utilidades (AIU), en sede de reclamaciones por desequilibrio económico debe aparecer la prueba fehaciente de que los rubros de administración o imprevistos, en virtud del *incumplimiento contractual* por ejemplo, no resultaron suficientes para atender esas nuevas circunstancias hasta el punto de presentarse un resquebrajamiento de la ecuación contractual que compromete la ejecución del contrato.

Pues bien, esto es precisamente lo que se echa de menos en el dictamen pericial que obra en el expediente puesto que el perito llega a unas cifras que por ninguna parte aparece que son el resultado de comparaciones entre el valor de la administración o de los imprevistos calculados inicialmente y su nuevo valor, y que todo está edificado sobre fórmulas, índices, valores de mercado, variaciones monetarias, etc. que muestren razonadamente la razón de ser y el monto de la fluctuación, factores todos estos que a su vez deben estar demostrados con sus respectivas probanzas".

A la ausencia de prueba de que el incumplimiento provocó la ruptura del equilibrio económico del contrato, la Subsección C agregó, como razón para denegar la pretensión del actor, el hecho de no haberse cumplido con el "factor de oportunidad", toda vez que el contratista no dejó consignadas, ni en el acta de suspensión del contrato ni en los adicionales de ampliación de plazo, sus reclamaciones por la alteración del equilibrio

económico del contrato. Valga destacar que esta exigencia, que es fruto de una posición jurisprudencial que ya ha hecho carrera en el Consejo de Estado, fue desarrollada por la Subsección C, a partir de las normas que disciplinan el equilibrio económico del contrato estatal, en particular de lo dispuesto por los artículos 16 y 27 de la Ley 80, por lo que se trata, de nuevo, de reglas propias del equilibrio financiero del contrato que son aplicadas indistintamente al incumplimiento contractual:

"Y es que la razón que conduce a desestimar las pretensiones de la demanda, tanto las principales como las subsidiarias y de conformidad con lo expuesto en el punto 7.3., es que el factor de oportunidad así lo determina, amén de no estar demostrado que la ruptura del equilibrio económico es grave, que se salió de toda previsión y que no estaba comprendida dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contrato que debían ser asumidos por el contratista (...).

En efecto, ya se dijo que 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, ya que como el artículo 16 así como el art. 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', si las partes, habida cuenta del acaecimiento de tales circunstancias que han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., es al momento de suscribir esos acuerdos 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".

En suma, la Subsección C pareció interpretar que el incumplimiento, así sea invocado como factor desencadenante de la responsabilidad contractual, debe ser analizado siempre como causa de ruptura de la ecuación financiera del contrato.

Por otro lado, asimiló el incumplimiento a las demás circunstancias que pueden provocar una ruptura; en consecuencia, todas las exigencias predicables de estas, tanto las tradicionales, entre ellas la demostración de una alteración grave e imprevisible de la economía del contrato que no está comprendida dentro de los riesgos que están a cargo del contratista, como las que recientemente han surgido de la inventiva jurisprudencial, entre las cuales está el "factor de oportunidad" atrás mencionado.

Se trata, entonces, de una tesis que representa una nueva forma de analizar el incumplimiento contractual, lo cual atribuye verdaderas implicaciones a aquel postulado legal que lo coloca dentro de las causas de desequilibrio económico del contrato. Empero, bien vistas esas implicaciones, que es lo que nos proponemos enseña, se hace inevitable concluir que esa nueva tesis adolece de serias inconsistencias teóricas y, aún peor, puede dejar en situación de indefensión a los contratistas víctimas de incumplimientos de las entidades estatales.

a. El incumplimiento de la entidad debe provocar una alteración grave de la economía del contrato

Para empezar, el acreedor insatisfecho, según esta nueva tesis, ha de acreditar que el incumplimiento del deudor provocó una alteración grave en la economía del contrato, ya que no cualquier alteración es suficiente para activar las consecuencias del incumplimiento. Así, se debe demostrar que las consecuencias del incumplimiento son graves, serias y notorias, lo cual debe ser probado por medio de los parámetros desarrollados en el ámbito de la institución del equilibrio financiero (v. gr. con la comparación de las pérdidas resultantes con el porcentaje dispuesto para la atención de los imprevistos). Esta exigencia ligada al incumplimiento riñe con el principio de reparación integral, uno de los más importantes que rigen la responsabilidad civil. El acreedor insatisfecho tiene derecho a la indemnización de la *totalidad* de los perjuicios que le ocasionó el incumplimiento del deudor, sean materiales o patrimoniales, lo que incluye el daño emergente y el lucro cesante, sean patrimoniales o extrapatrimoniales (arts. 90 de la Constitución Política⁹⁰, 50 de la Ley 80^[91], 16 de la Ley 446 de 1998^[92] y 1613 del Código Civil⁹³, etc.). Así lo admitió la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹⁴, incluso la referente a la responsabilidad contractual del Estado⁹⁵.

- 90 El artículo 90 de la Constitución Política prescribe que “[e]l Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Ver, para esta interpretación del artículo 90 de la Constitución Política, entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de marzo de 2013, C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra. Rad. 760012331000199603577-01.
- 91 Dispone el artículo 50 de la Ley 80 que “[l]as entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista”.
- 92 Artículo 16 de la Ley 446 de 1998 (Estatutaria de Administración de Justicia): “Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los *principios de reparación integral* y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.
- 93 Previene esta disposición que “[l]a indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.
- 94 “La jurisprudencia de esta Corporación, de tiempo atrás, se ha referido a la importancia y relevancia que el ordenamiento le otorga a la obligación de la reparación integral de los daños antijurídicos ocasionados, concepto que encuentra fundamento constitucional en el referido artículo 90 de la Constitución Política y en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en cuya virtud se pretende que la víctima sea llevada, al menos, a un statu quo, esto es a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del daño, a la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos y a una indemnización plena y efectiva de todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de abril de 2014, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 20001-23-31-000-2009-00199-01 (41834). Ver, además, en extenso, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2008, C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 16996.
- 95 “La reparación del daño contractual—como la del extracontractual— debe ser integral, según se establece para el caso del contrato, con fundamento en la regla de la indemnización de perjuicios por incumpli-

Bajo la nueva tesis, si el incumplimiento ocasiona ciertos perjuicios al acreedor, mas tales perjuicios no provocan a su vez una alteración grave en la economía del contrato, no habría lugar a su reparación, por no cumplirse con uno de los requisitos para la procedencia del restablecimiento. Es decir, solo ciertos perjuicios, no todos, serían objeto de indemnización, lo que constituye una violación del principio de reparación integral, pues el acreedor víctima de incumplimiento no tendría derecho a la reparación de la totalidad de los perjuicios derivados de este. Al acreedor, de ese modo, no le basta con demostrar el incumplimiento de la entidad y los perjuicios que de este se derivaron, pues debe acreditar, adicionalmente, so pena de no tener derecho a ninguna indemnización, que tales perjuicios son de tal gravedad que provocaron la ruptura del equilibrio económico del contrato.

Un ejemplo nos puede servir para precisar lo anterior. Imagínese, tomando el propio caso resuelto por la Subsección C, que la demora en la entrega de los predios hace que el contratista deba permanecer un mes más en obra e incurra en gastos (pérdidas) por valor de \$100.000.000, equivalentes al 10 % del valor del contrato. Asísumase ahora, como es usual, que al momento de formular su propuesta el contratista tuvo en cuenta un porcentaje de AIU del 30 % del valor del contrato, donde el 15 % es destinado a la atención de los imprevistos (I), toda vez que las pérdidas (perjuicios) no superan el valor dispuesto para la atención de los imprevistos. Por otro lado, el incumplimiento, según los criterios definidos por la jurisprudencia, no habrá provocado una alteración grave en la economía del contrato, y el contratista no tendrá derecho a la indemnización de tales pérdidas. Entonces, esta tesis explica que en "sede de reclamaciones por desequilibrio económico debe aparecer la prueba fehaciente de que los rubros de administración o imprevistos, en virtud del incumplimiento contractual, por ejemplo, *no resultaron suficientes para atender esas nuevas circunstancias hasta el punto de presentarse un resquebrajamiento de la ecuación contractual que compromete la ejecución del contrato*"⁹⁶.

miento de obligaciones, toda vez que incluye de acuerdo con la norma citada, la pérdida causada y la ganancia dejada de percibir, lo que en términos del contrato significa que el perjudicado tiene derecho al valor del daño y al de la utilidad (neta) que hubiera obtenido, de haber podido ejecutar el contrato". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de marzo de 2015, C.P. Hernán Andrade Rincón (E). Rad. 25000-23-31-000-2006-00131-01 (37726). "En el ámbito de la responsabilidad contractual de la Administración Pública, en aplicación del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 50 de la Ley 80 de 1993, cuando ella incumple sus obligaciones '... el contratista del Estado tiene derecho a que la administración le indemnice la totalidad de los daños derivados del incumplimiento contractual, tanto los que se manifiestan como una disminución patrimonial (daño emergente), como los que se traducen en la privación de las utilidades o ganancias que esperaba percibir por la imposibilidad de ejecutar total o parcialmente el proyecto (lucro cesante)...', daño contractual o lesión del derecho de crédito que debe ser cierto, particular y concreto, no eventual ni hipotético, tener protección o tutela jurídica y su existencia establecerse plenamente en el respectivo proceso con las pruebas que reposen en él". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2010, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 25000-23-26-000-1997-03663-01 (17214). Ver también Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 febrero de 2002. Rad. 14.112.

96 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 20 de octubre de 2014. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24809).

Así pues, las autoridades públicas quedan autorizadas para incumplir con sus compromisos contractuales y causar perjuicios a sus contratistas. Solo tendrán que cuidarse de que tales perjuicios no tengan vocación de provocar la ruptura de la ecuación económica del contrato, lo cual descarta el principio que profesa que el perjuicio –grande, mediano o pequeño– debe ser utilizado para hallar la indemnización, así como aquel que manda cumplir lo pactado (art. 1602 del Código Civil).

Piénsese, por ejemplo, en la entidad que incumple una obligación dineraria a su cargo. En esa situación, por disposición del contrato o la ley⁹⁷, el contratista tiene derecho a los intereses moratorios tasados sobre la suma dineraria objeto de la obligación (impaga)⁹⁸. En este caso, no se requiere acreditar los perjuicios causados por el incumplimiento⁹⁹, ya que basta con la mera prueba de retardo del pago¹⁰⁰. Con la tesis jurisprudencial de la que se viene hablando, el acreedor de la suma de dinero, que antes no tenía siquiera que demostrar que había sufrido perjuicio alguno, ahora ha de acreditar que el retardo en el pago le produjo un perjuicio tal que provocó el desajuste de la economía del contrato.

Qué decir, siguiendo esta misma línea, en aquellos casos en los que el acreedor reclama la indemnización de un daño extrapatrimonial, categoría que, como se anotó, es igualmente indemnizable, por virtud del principio de reparación integral¹⁰¹. Difícilmente

97 Ver, Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2012. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 85001-23-31-000-2000-00198-01. Ante la ausencia de una estipulación contractual en la que se definiera la tasa de interés moratorio aplicable, el Consejo de Estado aplicó la tasa prevista en el artículo 4 de la Ley 80.

98 "... cuando la obligación incumplida es de índole dineraria, la indemnización de perjuicios por la mora está constituida por el pago de intereses ...". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 25000-23-26-000-1997-03663-01. Ver, en similar sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de abril de 2012, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Rad. 25000-23-26-000-2000-00606-01 (23520).

99 El artículo 1617 del Código Civil establece, en su numeral 2, que "[e]l acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo". La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, al respecto, que "ante el incumplimiento de la obligación dineraria principal de la administración, se deben reparar integralmente los perjuicios materiales causados mediante el pago del capital actualizado de la deuda, así como de los intereses moratorios, que en este evento, se rigen por el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, los cuales no necesitan prueba porque se presumen". Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de enero de 2012, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Rad. 20001-23-31-000-1999-00426-01 (21182).

100 "d. El artículo 1617 del Código Civil en punto de las obligaciones dinerarias y de la indemnización de perjuicios por la mora, con absoluta claridad y precisión establece: 'El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo'. Sobre el punto la jurisprudencia de esta Corporación, ha sostenido: 'Por medio del cobro de los intereses moratorios se pretende indemnizar al acreedor por los perjuicios que le causó el incumplimiento del deudor, en el pago de una suma de dinero, perjuicio que se presume y cuya cuantía no está en el deber de demostrar, sea porque se pactaron entre las partes, o porque se aplica la regulación legal'. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 68001-23-15-000-1998-01597-01 (24812) y laudo arbitral del 10 de noviembre de 2004, Caracol Televisión vs. Comisión Nacional de Televisión, Cámara de Comercio de Bogotá.

101 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de marzo de 2013, C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra. Rad. 760012331000199603577-01.

podrá decirse que un daño tal puede provocar una alteración grave de la economía del contrato de conformidad con los parámetros jurisprudenciales, y, a no ser que se elucubre sobre una ecuación emocional, con la nueva tesis no resulta fácil imaginar cómo podría abrirse paso alguna indemnización.

b. La alteración producida por el incumplimiento debe salirse de toda previsión y estar por fuera de los riesgos asumidos por el contratista

Amén de ser grave, la alteración producida por el incumplimiento, según la nueva tesis, debe salirse de toda previsión y no debe estar comprendida dentro de los riesgos inherentes a la actividad del contratista. De este modo, resulta fundamental acreditar que las contingencias realizadas por el contratista, que por lo habitual son un porcentaje del valor del contrato dispuesto para atender situaciones imprevistas, fueron insuficientes para hacer frente a las consecuencias del incumplimiento de la entidad. Con esta exigencia, se asume que el contratista tiene a su cargo, como un riesgo propio de la actividad contractual¹⁰², el incumplimiento de la entidad y las alteraciones que este ocasione. Solo si sus precauciones resultan insuficientes, el contratista tendrá derecho al restablecimiento. Lo anterior, debe decirse, no es defendible en el ámbito de la contratación estatal, no solo porque el incumplimiento de la entidad no forma parte de aquellos riesgos que deben ser objeto de asignación entre las partes, sino porque, aun de ubicarse dentro los que sí, en ningún caso puede ser asignado al contratista.

En efecto, los riesgos que deben ser objeto de asignación en los contratos estatales son aquellos que tienen el carácter de previsible (art. 4 de la Ley 1150 de 2007, art. 2.1.2 del Decreto 734 de 2012)¹⁰³. Además, el incumplimiento, que objetivamente es

102 Conforme lo previene el artículo 2.1.2 del Decreto 734 de 2012, que reglamentó el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, quien asume un riesgo "... soportará, total o parcialmente, la ocurrencia de la circunstancia prevista en caso de presentarse, a fin de preservar las condiciones iniciales del contrato".

103 El artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 dispone que "[l]os pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos *previsibles* involucrados en la contratación". El artículo 2.1.2 del Decreto 734 de 2012, que, como se indicó, se encargó de reglamentar el artículo 4 de la Ley 1150, dispone que "[p]ara los efectos previstos en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio económico del contrato, pero que dada su previsibilidad se regulan en el marco de las condiciones inicialmente pactadas en los contratos y se excluyen así del concepto de imprevisibilidad de que trata el artículo 27 de la Ley 80 de 1993. El riesgo será previsible en la medida que el mismo sea identificable y cuantificable en condiciones normales". Ya había señalado la jurisprudencia, antes de la promulgación de la Ley 1150, que "... no hay que olvidar que en materia de riesgos, en principio sólo es posible trasladar al contratista aquellos que pueden ser razonablemente previsible, no sólo en su ocurrencia sino en sus efectos y por tanto aparecen válidamente (sic) cuantificados, determinados y precisados al momento de la celebración del contrato; mientras que no admiten ser trasladados aquellos que por no ser razonablemente previsible, en general no pueden ser cuantificados, determinados y precisados en el momento de la celebración del contrato...". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 12 de diciembre de 2006, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Rad. 11001-03-06-000-2006-00119-00 (1792).

previsible desde el punto de vista normativo, no puede ser ubicado dentro de los riesgos previsible que son objeto de asignación entre las partes.

Para no ir más lejos, así lo reconoce el Documento Conpes 3714 del 1 de diciembre de 2011, en el que se señala que “[e]n el ejercicio de tipificación [de riesgos] es especialmente importante hacer el análisis y exclusión de aquellos hechos que aunque se pueden encontrar en la conceptualización de la teoría general del riesgo, no reúnen los presupuestos para ser considerados riesgos previsible, bien por no tener las consideraciones incluidas en la reglamentación o por estar cobijados por regulaciones particulares contenidas en el marco de los riesgos contractuales ‘no previsible’”. Luego, se menciona en los riesgos “no previsible” al “incumplimiento total o parcial del contrato, en la medida en que compromete la responsabilidad contractual de quien asuma tal conducta, teniendo como consecuencia la exigibilidad de la garantía de cumplimiento y la eventual indemnización de perjuicios por el exceso de lo cubierto por la garantía, según lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 4828 de 2008”¹⁰⁴.

Pero, aun considerándolo como un riesgo previsible y susceptible de estimación y asignación, no puede perderse de vista que la asignación de un riesgo debe hacerse previa identificación de la parte que se encuentra en mejores condiciones para hacerle frente, para gestionarlo o administrarlo¹⁰⁵. Así, se desprende que el incumplimiento de la entidad no puede ser atribuido a nadie, ya que depende enteramente de la administración el control, el manejo o la gestión de este riesgo¹⁰⁶. El incumplimiento de la entidad, en definitiva,

104 Consejo Nacional de Política Económica y Social. República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación. Documento Conpes 3714. Del Riesgo Previsible en el Marco de la Contratación Pública, 1 de diciembre de 2011, p. 16.

105 “Los principios básicos de asignación de riesgos parten del concepto que estos deben ser asumidos: i) *por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos*; y/o ii) por la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o de diversificación. Con ello se asegura que la parte con mayor capacidad de reducir los riesgos y costos, tenga incentivos adecuados para hacerlo. Así, con base en estos principios y en las características de los proyectos se debe diseñar las políticas de asignación y administración de riesgos de los proyectos. Para esto, las entidades estatales deben, en una primera instancia, identificar los riesgos y analizar si es el sector público o el privado quien tiene mejor capacidad de gestión, mayor disponibilidad de información y mejor conocimiento y experiencia para evaluar más objetiva y acertadamente cada uno de los riesgos de un determinado proyecto. Adicionalmente, se debe evaluar qué parte está en mejor posición para monitorear, controlar y asumir cada riesgo, y, con base en ello, definir su asignación teniendo en cuenta las características particulares del proyecto y la condiciones del país en un determinado momento”. Consejo Nacional de Política Económica y Social. República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación. Documento Conpes 3107. Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura, 3 de abril de 2001, p. 15. “La asignación de los riesgos debe estar de acuerdo con los mecanismos de mitigación y el nivel de control que sobre ellos tenga cada una de las partes. De esta manera, *el sector público debe asumir, en principio, aquellos riesgos que dependen estrictamente de sus acciones*, en tanto que el sector privado debe asumir aquellos que estén bajo su control”. Consejo Nacional de Política Económica y Social. República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación. Documento Conpes 2775. Participación del Sector Privado en Infraestructura Física, 26 de abril de 1995.

106 “La regla natural que debe regir la tarea de asignación de riesgos en todo contrato, tarea de singular importancia en materia de proyectos de concesión, debe partir de la consideración de que será necesario,

no forma parte de la órbita del control del contratista, se escapa de su alea¹⁰⁷ y, por naturaleza, no se encuentra dentro de los riesgos inherentes a su actividad contractual¹⁰⁸.

Así, por no estar ante un riesgo a su cargo, el contratista no ha de soportar el incumplimiento de la entidad ni sus consecuencias. Como corolario de ello, el porcentaje que haya dispuesto para la atención de imprevistos ninguna relevancia tiene para juzgar su derecho a la indemnización de perjuicios. Lo anterior se explica en la medida que tal porcentaje no está instituido para atender situaciones que se encuentran por fuera de la órbita del riesgo a su cargo, como es el caso del incumplimiento de la entidad.

En este sentido, la justicia arbitral ha afirmado que “el rubro de Imprevistos que hace parte de lo que se ha denominado AIU corresponde a la cuantificación realizada por el contratista dentro de su oferta, de los riesgos e imprevistos que hacen parte del alea normal de ejecución de un contrato y no a aquellos que al ser extraordinarios escapan de la órbita de riesgo a cargo del contratista; en otros términos, los Imprevistos contemplados o presupuestados por el contratista dentro del AIU de su oferta, incorporan los riesgos y costos que hacen parte del alea normal de ejecución contractual pero no los anormales.

para el logro de los beneficios y ventajas perseguidas por ambas partes al celebrarlo, que el proyecto resulte autofinanciable. De esta manera, el riesgo debe asignarse y asumirse por quien lo conoce, sabe manejarlo, puede evitar o solucionar sus efectos, y cuenta con la capacidad jurídica y económica para controlarlo (resaltado fuera de texto). (...) Concluye el citado laudo señalando que “(...) la distribución de los riesgos en el contrato estatal de concesión no obedece a criterio distinto de aquel que gobierna los contratos estatales en general. Es por ello, que en el contrato de concesión, al igual que en todos los de su género, no podrán trasladarse al concesionario aquellos riesgos que este no está obligado a prever como un alea suya, y por lo mismo, no tendrá por qué padecer los efectos que su realización pudiera producir sobre sus expectativas de ganancia o utilidad involucradas en la remuneración pactada, como se explicó en aparte anterior en este laudo (resaltado fuera de texto)”. Tribunal de Arbitramento de Concesión Santa Marta Paraguachón vs. Invías, citado en laudo arbitral del 19 de agosto de 2003, Casa Editorial El Tiempo S.A. vs. Comisión Nacional de Televisión, Cámara de Comercio de Bogotá.

107 Ver, en este sentido, ESCOBAR GIL. Op. cit., p. 405. El autor, con acierto, concluye que los riesgos externos al contratista, dentro de los cuales se encuentra el incumplimiento de la entidad, se encuentran a cargo de la administración, quien en consecuencia está en obligación de compensar al contratista por los mayores costos que apareja su materialización. BERÇAITZ. Op. cit., p. 386, quien ubica al incumplimiento dentro del álea anormal del contrato administrativo.

108 En consonancia con lo afirmado, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha señalado “que por la naturaleza misma del contrato estatal, no podrían trasladarse al contratista, por ejemplo, los riesgos derivados del ejercicio de las potestades excepcionales del Estado, los originados por modificaciones o variaciones en la obra contratada por causas no imputables al contratista (hecho de la administración), los constitutivos de fuerza mayor (que implican ruptura del vínculo contractual), los que integran las teorías de la imprevisión y del hecho del príncipe y los derivados de la mala conducta contractual o incumplimiento del Estado (deficiente preparación de pliegos, desconocimiento de los derechos contractuales del contratista, imposición de variaciones a la obra no compensada, etc.)”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 12 de diciembre de 2006, C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Rad. 11001-03-06-000-2006-00119-00 (1792). Ver, en igual sentido, MONTES DE ECHEVERRI, SUSANA. Concesiones Viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos. En: Revista de Derecho Público, Universidad de los Andes, 2000. no. 11 p. 95, en donde se mencionan, dentro de los riesgos que esencialmente no son trasladables al contratista en razón de la naturaleza del contrato estatal, “[1] os derivados de la mala conducta contractual del Estado o el incumplimiento del Estado”.

(...) Por consiguiente, el AIU no excluye el derecho a los sobrecostos generados por una mayor permanencia en obra ni la reparación del daño antijurídico por incumplimiento de las obligaciones contractuales¹⁰⁹.

c. El contratista, so pena de violar el principio de buena fe, debe realizar sus reclamaciones por incumplimiento en los documentos en los que constan las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual

Por último, no podemos dejar de referirnos a la última exigencia que la Subsección C hace extensible al incumplimiento contractual, cual es el cumplimiento del denominado "factor de oportunidad", que plantea en los siguientes términos:

"... 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' (se subraya).

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

109 Laudo arbitral del 31 de marzo de 2004, Consorcio Procam Ltda. y Ossa Cía. vs. Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá.

convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual" (las subrayas son del texto original).

La exigencia, como se puede observar, hace alusión a la específica situación en la que el incumplimiento de la entidad ocasiona mayor permanencia en obra para el contratista, quien, en consecuencia, conviene con la entidad la suspensión del contrato o la prórroga del término a través de otrosíes, adicionales o cualquier otro instrumento útil para ese fin. En esa situación, el contratista debe dejar consignadas sus reclamaciones o salvedades en los referidos documentos o, de lo contrario, su eventual demanda estará condenada al fracaso por haber transgredido el principio de la buena fe y, como manifestación suya, el deber de información¹¹⁰.

Debe observarse inicialmente que esta posición no es, ni mucho menos, la única que se ha esbozado en torno de la existencia de salvedades en documentos de suspensión o ampliación de plazo. Ante la mayor permanencia en obra, tradicionalmente la jurisprudencia entendía que el hecho de que el contratista no hubiera dejado salvedades sobre sus reclamaciones en los documentos contractuales de ampliación de plazo (suspensiones, otrosíes, contratos adicionales, etc.) no constituía obstáculo alguno para reclamar posteriormente, vía judicial, el reconocimiento y pago de los perjuicios derivados de la extensión del plazo. Correspondía al juzgador establecer, mediante la identificación de las causas de la mayor permanencia en obra, si el contratista se encontraba en obligación de asumir las consecuencias nocivas que de ella se derivaron o si era la entidad quien debía hacerlo, bien sea mediante el pago del daño emergente sufrido por el contratista (si es que la causa fue la ocurrencia de circunstancias imprevistas) o bien mediante una indemnización integral de todos los perjuicios, incluyendo el lucro cesante (si la causa de la mayor permanencia fue el incumplimiento de la entidad)¹¹¹.

110 Igual tesis, en esta temática, ha sido aplicada en otras decisiones recientes de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Ver, entre muchas otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de julio de 2015. Rad. 25000232600019980242201 (32428); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de abril de 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 47001-23-31-000-1998-00984-01 (32774); Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2012, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Rad. 13001-23-31-000-1992-08522-01 (21429). Tal tesis también ha hecho eco en la justicia arbitral. Ver laudo arbitral del 10 de febrero de 2015, Constructora Bogotá Fase III S.A., CONFASE S.A. vs. Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y Empresa de Transporte del Tercer Milenio TRANSMILENIO S.A., Cámara de Comercio de Bogotá. Lo propio sucede en el campo de la doctrina, ver DÁVILA VINUEZA. Op. cit., p. 572 y 721.

111 Ver, para esta tesis, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de septiembre de 1994, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Rad. 8129; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 1999, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Rad. 10929; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de marzo de 2000, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Rad. 10540; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de octubre de 2003, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Rad. 73001-23-31-000-1995-04394-01 (14394); Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de abril de 1999, C.P. Daniel Suárez Hernández. Rad. 14855; laudo arbitral del 31 de marzo de 2004, Consorcio Procam vs. Distrito Capital, Cámara de Comercio de Bogotá.

Ciertamente, la nueva postura jurisprudencial sobre la materia puede ser objeto de diversos reparos, suficientes quizá para otro artículo¹¹². Pero decir que el hecho de que no se consignen las salvedades, constancias de inconformidad o reclamaciones pendientes en el texto de las suspensiones o modificaciones de plazo. Si el contratista ha dado pronta noticia a la entidad acerca de su incumplimiento y si, además, en forma previa, coetánea y sucesiva con la suscripción de las suspensiones o las adiciones de plazo, le ha continuado reclamando la indemnización de perjuicios o el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, mal podría afirmarse que, por el hecho de no dejar sus reclamaciones a salvo en el texto mismo de las adiciones o suspensiones, ha faltado a su deber de información o ha contrariado sus propios actos¹¹³.

Son las circunstancias del caso, vistas cada una en su contexto, las que deben ser tenidas en cuenta para concluir que el contratista ha perdido su derecho por infringir los postulados de la buena fe. Abstraerse o prescindir de ellas, analizando aisladamente una sola de las piezas de la relación contractual, conduce, en la práctica, a la creación de una presunción –que se hace irrefragable– de mala fe del contratista que no consigna sus reclamos en las suspensiones o adiciones de plazo, lo cual, no está de más decirlo, violenta importantes principios constitucionales¹¹⁴.

Bien puede ocurrir, por ejemplo, que del propio comportamiento de la entidad se desprenda que ella, a pesar de la inexistencia de salvedades en los documentos de suspensión o ampliación de plazo, nunca tuvo por saldadas, satisfechas o renunciadas las reclamaciones del contratista por la mayor permanencia, ni se formó confianza alguna en ese sentido. Piénsese en el caso en el que la entidad, en vez de rechazar de plano las reclamaciones posteriores por la ausencia de salvedades, las estudia de fondo o manifiesta su disposición de llegar a un acuerdo sobre el tema y difiere su pronunciamiento definitivo para un momento posterior¹¹⁵.

112 Por ejemplo, la nueva tesis equipara los efectos de la suscripción de suspensiones y modificaciones de plazo con los del acta de liquidación del contrato, sin parar mientes en que aquellos actos. A diferencia de este, no tienen como fin el de poner finiquito a la relación negocial mediante el cruce de cuentas entre las partes y, por ende, no han de imponer al contratista la misma carga en cuanto a la consignación de salvedades y constancias de insatisfacción.

113 En la providencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a la cual nos hemos venido refiriendo, aparece que el contratista reclamó en todo momento, antes y después de la suscripción de las adiciones de plazo, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de obra, circunstancia que, sin embargo, no fue tenida en cuenta por dicha subsección para denegar las pretensiones del actor por la ausencia de salvedades en tales documentos.

114 Artículo 83 de la Constitución Política: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

115 Acogemos aquí la opinión expresada por el doctor WILLIAM NAMÉN VARGAS en el salvamento de voto que hizo del laudo arbitral proferido el 10 de febrero de 2015 para dirimir las controversias suscitadas entre la Constructora Bogotá Fase III S.A., Confase S.A., por una parte, y el Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y Transmilenio, por otra, en el que se denegaron las pretensiones de la convocante en relación con los perjuicios derivados de la mayor permanencia en obra, por haberse echado de menos la existencia de salvedades en los documentos mediante los cuales se amplió el plazo del contrato. En su salvamento, a

No se quiere decir que la ausencia de salvedades no puede ser efectivamente indicativa de una renuncia y, *a fortiori*, del comportamiento contradictorio de quien después reclama, como puede ocurrir cuando en los respectivos documentos de ampliación de plazo también se regulan las consecuencias económicas de tal ampliación o se realizan reconocimientos económicos¹¹⁶. Lo que se quiere significar es que la jurisprudencia —y no solo la que aquí se ha cuestionado— está siendo demasiado propensa a presumir, sin mayores indagaciones, la mala fe del contratista que reclama por los sobrecostos derivados de la mayor permanencia en obra, viéndose tentada a plantear reglas absolutas que en modo alguno pueden ser tenidas como tales.

VI. REFLEXIÓN FINAL: RÉQUIEM POR LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO

El recuento jurisprudencial y doctrinario hecho a lo largo de este escrito pone en evidencia ciertos aspectos. Primeramente, es evidente y lamentable la marcada disparidad de criterios que existe en el seno de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre el incumplimiento como causal de desequilibrio del contrato estatal. A la vez que la Subsección A de dicha sección sostiene que el incumplimiento, antes que una causal de ruptura, es presupuesto de la responsabilidad contractual del Estado, regida por las reglas del derecho común en la materia, en despachos contiguos, las subsecciones B y C defienden una tesis completamente opuesta, como es que el incumplimiento constituye una causal de ruptura como cualquier otra y, en cuanto tal, se encuentra regido por las reglas del restablecimiento, en desmedro de las de la responsabilidad. En el medio de ambos extremos, todas las subsecciones también han aplicado una tesis moderada, la

más de referirse a la antigua tesis jurisprudencial y explicar sus fundamentos, el doctor Namén Vargas destacó que en ninguna etapa del proceso, ni antes de él, en la etapa de arreglo directo, la controversia giró en torno de la existencia o no de salvedades en las ampliaciones de plazo, sino que, bien al contrario, “[I]a contratante, suscritos los adicionales, las renovaciones, las prórrogas y otrosíes, frente a la reclamación del equilibrio económico turbado por la mayor permanencia expresó ‘toda la disposición para llegar a un acuerdo’ sin rehusarse a examinar la solicitud del contratista por ausencia de salvedad y no accedió al considerarla remunerada en el precio del contrato, manifestando a través de la interventoría que ‘solamente se podría definir una vez termine la etapa de construcción’”, lo que le llevó a concluir que “[e]sta conducta recíproca, homogénea y convergente constituye un acuerdo posterior para dirimir la reclamación superando la ausencia de salvedad, vinculante y digno de protección además, en garantía de la confianza legítima”.

116 Este criterio fue acogido en el citado laudo arbitral proferido el 10 de febrero de 2015, en el que se señala que “si con ocasión de la suscripción de una prórroga en el mismo documento contractual se efectúan reconocimientos económicos y las partes manifiestan que con los mismos se atienden los recursos para cubrir dicha ampliación del plazo contractual, no podrá después el contratista generar una reclamación ulterior, pues ello contraría el precepto jurídico según el cual nadie puede ir en contra de sus propios actos, que es uno de los varios desarrollos del principio de buena fe el cual debe prevalecer en el devenir contractual”. Laudo Arbitral del 10 de febrero de 2015, Constructora Bogotá Fase III S.A., Confase S.A. vs. Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A., Cámara de Comercio de Bogotá.

cual, si bien acepta que el incumplimiento legalmente es considerado como una causal de ruptura, lo juzga en todo caso a partir de las reglas de la responsabilidad contractual, dándole así el tratamiento de una causal "especial" de desequilibrio. Semejante disparidad, más allá de los resultados a los que conduce —que en este caso son gravísimos—, no puede ser admitida en un órgano que, como el Consejo de Estado, tiene a su cargo la fundamental función de garantizar la aplicación uniforme de la ley, pilar de la seguridad jurídica, de la igualdad y, en últimas, del Estado de derecho.

Innegable resulta que, de *lege data*, el incumplimiento es considerado como una posible causa de ruptura del equilibrio económico del contrato estatal (art. 5, num. 1 de la Ley 80). También, dados los desarrollos jurisprudenciales sobre la materia del equilibrio económico del contrato estatal y, en particular, sobre los presupuestos para que se entienda configurada una "ruptura" del mismo, tratar al incumplimiento como cualquiera otra causa de desequilibrio, sin distinción, puede conducir al desconocimiento de la obligación del Estado. De este modo, responder de forma plena por los perjuicios que se deriven de actuaciones antijurídicas (art. 16 de la Ley 448 de 1996) es un deber propio (num. 1 del art. 5 de la Ley 80)¹¹⁷.

Entonces, si se quiere ver al incumplimiento desde la óptica del equilibrio económico del contrato, debe hacerse bajo unos parámetros diferentes, que en todo caso sean compatibles con los de la responsabilidad contractual. En esa medida, es correcta la postura de quienes sostienen que la incorporación del incumplimiento como una causal de desequilibrio supone una ampliación de la noción de equilibrio económico del contrato estatal, lo cual obedece a una visión amplia de la ruptura de ese equilibrio. Así, esto no se encuentra ligado necesariamente a la constatación de una afectación grave e imprevisible de la economía del contrato, con todas las exigencias probatorias que supone tal constatación, sino a la ocurrencia de una infracción del contrato que causa perjuicios al contratista, quien debe ser indemnizado plenamente.

117 En efecto, no puede perderse de vista que el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 simplemente intenta dibujar una distinción en cuanto a las consecuencias que se derivan de la ruptura del equilibrio, en atención a la circunstancia que la origina. Si ella se debe a "la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas", el contratista tiene derecho a que la administración lo ubique en "un punto de no pérdida", esto es, al pago de una indemnización, en veces llamada compensación, por el daño emergente derivado de la situación imprevista. Si su causa es el incumplimiento, al contratista le asiste el derecho a que se restablezca "la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato", lo que se traduce en el pago de una indemnización plena, que comprende, además del daño emergente, el lucro o la ganancia dejada de percibir como consecuencia del incumplimiento. Ya en otras materias, no ligadas propiamente con el equilibrio de la ecuación económica, el artículo 5, numeral 1, junto con otras disposiciones de la Ley 80, ha sido interpretado en el sentido de garantizar al contratista víctima del incumplimiento la obtención de las utilidades esperadas. Ver, en este sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Rad. 76001-23-31-000-1994-0965-01 (13792). En esta providencia, el Consejo de Estado menciona el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80, para reforzar su conclusión en el sentido que "este estatuto prevé el derecho del contratista a percibir las utilidades proyectadas", aserto bajo el cual reconoció al oferente perjudicado con la adjudicación ilegal de un contrato las utilidades que tenía previsto percibir por la ejecución del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

Jurisprudencia Consejo de Estado

- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 11 de marzo de 1972, C.P. Alberto Hernández Mora. Rad. 561.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de junio de 1979, C.P. Osvaldo Abello Noguera. Rad. 209162.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de abril de 1991, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Rad. 6102.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 1992. Rad. 6353.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 19 de septiembre de 1994, C.P. Jaime Betancur Cuartas. Rad. 637.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de septiembre de 1994, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Rad. 8129.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 14 de agosto de 1997, C.P. César Hoyos Salazar. Rad. 1011.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de mayo de 1996, C.P. Daniel Suárez Hernández. Rad. 10151.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1999, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Rad. 11194.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de abril de 1999, C.P. Daniel Suarez Hernández. Radicación No. 14855.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de junio de 1999, C.P. Daniel Suarez Hernández. Rad. 14943.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 1999, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Rad. 10929.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de marzo de 2000, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Rad. 10540.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de julio de 2000, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Rad. 12513.
- Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 21 febrero de 2002. Rad. 14.112.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Rad. 76001-23-31-000-1994-0965-01(13792).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de mayo de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Rad. 73001-23-31-000-1996-4028-01(14577).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2003, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Rad. 47001-23-31-000-1996-04800-01(17554).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 2003, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Rad. 25000-23-26-000-1989-05337-01(10883). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de septiembre de 2003, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Rad. 70001-23-31-000-1996-05631-01(15119).

- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de octubre de 2003, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Rad. 73001-23-31-000-1995-04394-01(14394).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2003. Rad. 19.478.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de diciembre de 2003, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Rad. 16.433.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de febrero de 2004, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Rad. 25000-23-26-000-1991-07391-01(14043). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2005, C.P. Germán Rodríguez Villamizar. Rad. 28.616.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de mayo de 2005, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Rad. 66001-23-31-000-1997-03756-01(15326).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 68001-23-15-000-1998-01597-01(24812).
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 12 de diciembre de 2006, C.P. Luis Fernando Alvarez Jaramillo. Rad. 11001-03-06-000-2006-00119-00(1792).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2008, C.P. Enrique Gil Botero. Rad. 16996.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 50422-23-31-000-1992-01369-01(17031).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de agosto de 2011, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Rad. 25000-23-26-000-1993-08365-01(14461).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011. C.P. Ruth Stella Correa. Rad. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de enero de 2012, C.P. Olga Mérida Valle de la Hoz. Radicado No 25000-23-26-000-1997-03489-01 (20459).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de enero de 2012, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Rad. 20001-23-31-000-1999-00426-01(21182).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 8 de febrero de 2012, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 17001-23-31-000-1996-05018-01(20344).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de febrero de 2012, C.P. Jaime Orlando Santofimio. Rad. 85001-23-31-000-2000-00202-01(19730).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de abril de 2012, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Rad. 25000-23-26-000-2000-00606-01(23520).
- Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2012. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 85001-23-31-000-2000-00198-01.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de junio de 2012, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Rad. 13001-23-31-000-1996-01233-01 (21990).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2012, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Rad. 25000-23-26-000-1996-13048-01(25388).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de octubre de 2012, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Rad. 13001-23-31-000-1992-08522-01(21429).

- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de marzo de 2013, C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra. Rad. 760012331000199603577-01.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de septiembre de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 25000-23-26-000-2003-00113-01(30571).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2014, C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra. Rad. 760012331000199900522-01.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de abril de 2014, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 20001-23-31-000-2009-00199-01(41834).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2014, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 25000-23-26-000-2001-02444-01(29214).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de julio de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón. Rad. 660001233100120000067700 acumulado con 660001233100120010016700.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia 20 de octubre de 2014. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de marzo de 2015, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Rad. 05001-23-26-000-1995-01628-02(26224).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de marzo de 2015, C.P. Hernán Andrade Rincon (E). Rad. 25000-23-31-000-2006-00131-01(37726).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de abril de 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 47001-23-31-000-1998-00984-01 (32.774).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de mayo de 2015, C.P. Olga Melida Valle de La Hoz (E). Rad. 05001-23-31-000-1995-00271-01(31837).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de julio de 2015, C.P. Olga Mélida Valle De La Hoz (E). Rad. 11001-03-26-000-2015-00029-00(53181).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de julio de 2015, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz. Rad. 25000232600019980242201 (32428).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2015, C.P. Hernán Andrade Rincón. Rad. 11001-03-26-000-2015-00033-01(53154).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de julio de 2015, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz. Rad. 25000232600019980242201 (32428).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de enero de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 25000-23-26-000-2002-01573-01(38449).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 13 de abril de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 25000-23-26-000-2010-00128-01(46297).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de abril de 2016, C. P. Hernán Andrade Rincón. Rad. 25000-23-26-000-2003-00103-01(33128).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de agosto de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Rad. 70001-23-31-000-1996-05734-01(49864).

Laudos Arbitrales

- Laudo Arbitral del 5 de mayo de 1997, Sepúlveda Lozano Cía. Ltda. vs. Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, Cámara de Comercio de Bogotá.
- Laudo Arbitral del 11 de mayo de 2000, G.F. Servicios Empresariales vs. Corporación de Abastos de Bogotá S.A., Corabastos, Cámara de Comercio de Bogotá.
- Laudo Arbitral del 7 de mayo de 2001, Concesionaria Vial de Los Andes S.A., Coviandes S.A. vs. Instituto Nacional de Vías, Cámara de Comercio de Bogotá.
- Laudo Arbitral del 19 de agosto de 2003, Casa Editorial El Tiempo S.A. vs. Comisión Nacional de Televisión, Cámara de Comercio de Bogotá.
- Laudo Arbitral del 11 de diciembre de 2003, Fiducolumbia Fiduciaria La Previsora y Fiducaf  vs. Ministerio de Salud, Cámara de Comercio de Bogotá.
- Laudo Arbitral del 10 de noviembre de 2004, Caracol Televisión vs. Comisión Nacional de Televisión, Cámara de Comercio de Bogotá.
- Laudo Arbitral del 31 de marzo de 2004, Consorcio Procam Ltda. y Ossa Cia vs. Secretaría de Educación Distrital de Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá.
- Laudo Arbitral del 10 de febrero de 2015, Constructora Bogotá Fase III S.A., Confase S.A. vs. Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A., Cámara de Comercio de Bogotá.

Doctrina

- ARROCHA ALARCÓN, YESID y PINO RICCI, JORGE. El Equilibrio Económico y Financiero del Contrato. En: Régimen de Contratación Estatal. PINO RICCI, JORGE (comp.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- BENAVIDES, JOSÉ LUÍS. El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- BERÇAITZ, MIGUEL ÁNGEL. Teoría General de los Contratos Administrativos. 2.^a ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980.
- DÁVILA VINUEZA, LUIS GUILLERMO. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Bogotá: Legis, 2016.
- DROMI, ROBERTO. Derecho Administrativo. 5.^a ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- ESCOBAR GIL, RODRIGO. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Bogotá: Legis Editores, 1999.
- HORMIGA, MARÍA CRISTINA, MOSQUERA, CARLOS IGNACIO y LUNA URREA, ANTONIO. Nuevo Estatuto de Contratación Estatal. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 1996.
- HERNÁNDEZ SILVA, AIDA PATRICIA. La responsabilidad contractual del Estado. En: Revista de Derecho Privado, 2008, n.º 14.
- MARIENHOFF, MIGUEL. Tratado de Derecho Administrativo. 3 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983, t. III-A.
- MONTES DE ECHEVERRI, SUSANA. Concesiones Viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos. En: Revista de Derecho Público, Universidad de los Andes, 2000, n.º 11.

- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Procedimiento Civil. Parte General*. 10 ed. Bogotá: Dupré Editores, 2009, t. 1, p. 465.
- PALACIO HINCAPIÉ, JUAN ÁNGEL. *La Contratación de las Entidades Estatales*. 3.ª ed. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2001.
- QUINTERO MÚNERA, ANDRÉS y MUTIS VANEGAS, ANDRÉS. *Los Contratos del Estado en la Ley 80 de 1993*. Bogotá: Editorial Temis, 1995.
- RODRÍGUEZ TAMAYO, MAURICIO FERNANDO. *Los Contratos Estatales en Colombia*. 2.ª ed. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R., 2015.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. *Derecho Administrativo. General y Colombiano*. 16 ed. Bogotá: Temis, 2008.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. El equilibrio económico en los contratos administrativos. En: *Revista de la Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2011, n.º 66.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, Editorial Temis, 2015.

Otros documentos

- Consejo Nacional de Política Económica y Social. República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación. Documento Conpes 2775. *Participación del Sector Privado en Infraestructura Física*, 26 de abril de 1995.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación. Documento Conpes 3107. *Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura*, 3 de abril de 2001.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social. República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación. Documento Conpes 3714. *Del Riesgo Previsible en el Marco de la Contratación Pública*, 1 de diciembre de 2011
- Exposición de Motivos de la Ley 80 de 1993, *Gaceta del Congreso*, n.º 75, Bogotá, 23 de septiembre de 1992.