

## **CONTRATACIÓN ESTATAL – Noción – Definición – Concepto**

Mediante el contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general. Esta particularidad de la contratación estatal determina que la ejecución del objeto contractual sea un asunto vertebral y es por esto que la ley ha previsto diversos mecanismos que permiten conjurar factores o contingencias que puedan conducir a su paralización o inejecución. Uno de tales mecanismos es precisamente aquel que permite que puedan reajustarse los precios pactados de tal suerte que manteniéndose su valor real en el decurso del plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se lleve a feliz término la ejecución del contrato.

## **CONTRATACIÓN ESTATAL – Conmutatividad**

El fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse. Sin embargo, lo anterior no significa que en todas las hipótesis el contratista deba obtener con exactitud numérica la utilidad calculada y esperada por él pues no cualquier imprevisto que merme su ventaja tiene la virtualidad de conducir al restablecimiento económico. En efecto, sólo aquellas eventualidades imprevistas que alteran gravemente la ecuación financiera son idóneas para pretender con fundamento en ellas el restablecimiento económico pues si esto no se garantiza se afectaría el interés público que está presente en la contratación estatal. Así que el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C veintidós (22) de junio de dos mil once (2011).

**Radicación número: 85001-23-31-003-1998-00070-01(18836)**

**Actor: TOPCO S. A.**

**Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS-INVIAS**

**Referencia: ACCION CONTRACTUAL - RECURSO DE APELACION**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Topco S. A. contra la sentencia del 18 de mayo de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demandada.

## I. ANTECEDENTES

### 1 - Lo pretendido

En demanda presentada el 28 de abril de 1998<sup>1</sup> contra el Instituto Nacional de Vías “Invías”, la sociedad Topco S. A. pidió que se declarara que se rompió el equilibrio económico del contrato No. 0178 de 1987, y sus adiciones, porque la fórmula de ajuste de precios prevista en su cláusula octava no conservó durante el plazo contractual el valor inicial de los precios unitarios.

Solicita en consecuencia que se condene a Invías a pagar la diferencia entre los precios ajustados con el Índice de Precios al Consumidor del DANE y los precios ajustados y pagados con la fórmula prevista en el párrafo tercero de la cláusula octava del contrato No. 0178 de 1987.

Pide finalmente que la suma de dinero antes mencionada debe ser actualizada y cancelada con intereses legales.

Estimó la cuantía en \$11.251.846.233.

### 2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones

INVÍAS y TOPCO S. A. celebraron el contrato No. 0178 de 1987 cuyo objeto era la construcción del sector Monterrey - Tauramena - Aguazul, de la carretera Aguazul - Villanueva, contrato éste que fue prorrogado hasta el 30 de junio de 1998.

---

<sup>1</sup> Folio 8 vltto. del c. No. 1.

Para conservar el equilibrio económico del contrato las partes convinieron en el párrafo tercero de la cláusula octava una fórmula matemática para el ajuste de precios unitarios.

Hasta el Acta de Obra No. 54 la fórmula pactada reflejó las alzas de los precios, la inflación interna y la devaluación de la moneda.

A partir del Acta No. 55 la fórmula estipulada empezó a reflejar sólo una parte de las alzas de los precios y de la devaluación monetaria, razón por la cual los precios unitarios comenzaron a decrecer mientras que la prestación del contratista se mantuvo igual tal como lo hizo evidente los índices de precios al consumidor publicados por el DANE.

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

El contrato se estaba ejecutando al momento de la presentación de la demanda.

### **3. El trámite procesal**

Admitida que fue la demanda y noticiado el Instituto Nacional de Vías del auto admisorio, el asunto se fijó en lista y dentro del término el demandado le dio respuesta oponiéndose a las pretensiones formuladas.

Después de decretar y practicar pruebas y de celebrar una audiencia de conciliación que resultó fracasada por la ausencia de ánimo conciliatorio, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que sólo aprovecharon el demandante y el demandado.

## II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En sentencia del 18 de mayo de 2000 el Tribunal Administrativo de Casanare decidió negar las pretensiones de la demanda.

Para tomar esta decisión el Tribunal expuso las siguientes razones:

Dice el fallador de primera instancia que del análisis del expediente se puede concluir que el demandante no manifestó su desacuerdo en relación con los ajustes de los precios en ninguna de las oportunidades en que, mediante la suscripción de contratos adicionales, se amplió el plazo para la ejecución del contrato.

Esta conducta de consentir las ampliaciones del plazo sin dar a conocer el rompimiento de la ecuación financiera contractual implica aceptar tácitamente la existencia de utilidades en cada una de las actas que suscribió y por lo tanto no resulta equitativo que 11 años después pida el restablecimiento económico cuando nunca comunicó su inconformismo a la entidad contratante.

Afirma también el Tribunal que la demandante al suscribir el contrato inicial aceptó todas las obligaciones y estipulaciones contenidas en él, como por ejemplo la cláusula octava que se refiere a las actas de obra, pagos, ajustes de precios y la fórmula que se emplearía para esto.

Encuentra entonces el juzgador que el contratista obtuvo una justa utilidad tal como lo enseña el ingeniero residente que declaró en este asunto.

Finalmente trae a cuento el Tribunal lo que en otra providencia sobre similar asunto expresó, resaltando que el mecanismo pactado para el ajuste de precios tiene prelación sobre los índices del DANE por basarse aquellos en razones de orden técnico mientras que en estos se consideran algunos elementos que no tienen relevancia alguna para calcular los precios, por ejemplo, de los materiales para construir una carretera.

Citando la otra decisión continúa diciendo que el índice empleado lo conoció el contratista y no figura prueba de que ese índice o alguno de sus componentes haya sufrido una variación tan considerable que necesariamente hubiera alterado la fórmula utilizada.

Agrega que no es de recibo la afirmación de que como existe un sistema de reajustes que le pueda ser favorable al demandante, deba aceptarse entonces que se produjo un desequilibrio máxime si se tiene en cuenta que ese sistema rige para un tema diferente al de este debate procesal.

### **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Contra esta decisión se alzó la demandante TOPCO S. A.

Sostiene la recurrente que el fundamento de sus pretensiones se encuentra en aquella disposición legal que ordena pagar el precio de un contrato estatal con la correspondiente corrección monetaria y que por consiguiente si las fórmulas pactadas no cumplen con su cometido, la entidad estatal debe hacer el ajuste correcto.

Señala la apelante que en este principio no rige a plenitud la autonomía negocial porque el Estado no tiene la posibilidad de inaplicar los reajustes o aplicar los más favorables a sus intereses.

Agrega que los ajustes de precios no son adiciones a los pactados sino parte de ellos y por lo tanto su cancelación no implica pagar precios superiores sino el estipulado pero en valores diferentes que conservan la dimensión original.

Concluye entonces que en este asunto no se trata de un problema de desequilibrio contractual sino de conmutatividad y por consiguiente el demandante no tenía la obligación de demostrar que había sufrido un desmedro patrimonial.

#### **IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Señor Agente del Ministerio Público solicita que se confirme la decisión del *a quo* y para ello trae las siguientes razones:

La equivalencia entre prestación y precio debe mantenerse durante toda la relación contractual y por consiguiente la remuneración del contratista se torna intangible pues la Administración no puede alterarla unilateralmente y, si circunstancias externas la cambian, hay lugar a restablecerla a la situación inicial.

Sin embargo, quien alega el rompimiento del equilibrio contractual tiene la carga probatoria de demostrar ese hecho, cosa que en este asunto no ha ocurrido.

En el párrafo tercero de la cláusula octava del contrato que celebraron las partes se previó una fórmula para mantener la intangibilidad de los precios pactados que no fue otra que ajuste mediante el Índice de Costos de Construcción de Carreteras.

En este índice se tienen en cuenta rubros tales como el valor del IVA, los índices de maquinaria y equipo, el valor del dólar, la suma de los gravámenes arancelarios, el valor promedio del jornal-hora, el costo de los materiales en Bogotá, el sueldo promedio nacional de los empleados de la industria manufacturera, el valor de una tonelada de cemento y de 50 Kg. de hierro, el valor de la gasolina y de la dinamita, el valor del galón de asfalto líquido, el valor del asfalto sólido, el valor del A.C.P.M., etc.

Se evidencia entonces que el citado índice de costos tiene en cuenta una canasta de artículos de acuerdo con los grupos y subgrupos de obra y por lo tanto se puede afirmar que existe un índice de costos específico en materia de construcción de puentes y carreteras calculado por el DANE cuya finalidad es precisamente calcular las variaciones sufridas por los precios unitarios en los contratos de obra pública.

Luego, si bien el Índice de Precios al Consumidor sirve, entre cosas, como factor para el cálculo de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, éste no es el indicado cuando se trata de mantener la ecuación costo-beneficio que tuvo en cuenta el proponente al presentar la oferta o celebrar el contrato pues no se trata en este evento de actualizar una suma de dinero, a lo que se aúna el hecho de que los rubros que allí se tienen en cuenta son enteramente diferentes a los de la construcción de obras.

Concluye el Ministerio Público afirmando que aunque las fórmulas de reajuste pactadas pueden ser revisadas, no se advierte que el contratista haya hecho alguna solicitud en ese sentido en más de seis años que según el demandante soportó el desequilibrio.

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

## V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

Estos preceptos, a no dudarlo, consagran la buena fe objetiva que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte<sup>2</sup>, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia.

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

---

<sup>2</sup> En este sentido cfr. M. L. NEME VILLARREAL. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva*. En Revista de derecho Privado. No. 17. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, p.73.

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

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

El contrato que ha dado origen a esta cuestión litigiosa fue celebrado en el año de 1987, esto es cuando aún estaba vigente el Decreto 222 de 1983.

En consecuencia, al referido contrato le son aplicables las disposiciones contenidas en el Decreto 222 de 1983.

El artículo 86 del citado Decreto preveía:

*“En los contratos celebrados a precio global o por precios unitarios, se podrán pactar revisiones periódicas de los mismos en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos.*

*Cuando ello fuere posible, la revisión se efectuará mediante fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato en la forma que lo determine el reglamento.*

*En ningún caso la suma de los reajustes podrá ser superior al ciento por ciento (100%) del valor original del contrato, a menos que la fórmula pactada fuera matemática.*

*Las revisiones se consignarán en actas que suscribirán las partes y se reconocerán con el índice de ajuste correspondiente al mes anterior a aquel en*

*que se pague la obra ejecutada, cuando ésta corresponda al menos a la cuota parte del plan de trabajo previsto en el contrato.”*

Sin entrar a discurrir sobre la procedencia, entonces y ahora, del reajuste de precios aunque no se hubiere pactado, debe destacarse de este precepto que las revisiones periódicas debían hacerse *“en función de las variaciones que ocurran en los factores determinantes de los costos”*, lo que significa, *contrario sensu*, que quedaban excluidas las variaciones de aquellos factores que no eran determinantes en los costos del correspondiente contrato.

Sin embargo debe reconocerse que la inflación puede afectar la ecuación financiera de un contrato estatal y por lo tanto si la fórmula prevista por las partes para el reajuste de precios no tiene en cuenta ese factor, podrá restablecerse el equilibrio económico perdido siempre y cuando se demuestre, de un lado, el incremento anormal del valor de los insumos propios de la obra que constituye el objeto contractual y, de otro lado, que la fórmula de ajuste pactada es insuficiente para contrarrestarlo.

*“En efecto, sólo es dable revisar la cláusula de ajuste o proceder a la revisión de precios si se demuestra que hubo situaciones económicas graves que la hicieron ineficaz. Dicho en otras palabras, la revisión de los precios sólo es dable cuando el contratista demuestra dos supuestos: el alza exagerada de elementos o insumos y la ineficacia de las fórmulas de ajuste pactadas en el contrato para contrarrestarla”.*<sup>3</sup>

4. En el asunto que aquí se revisa por la vía de la apelación la demandante sostiene que a partir del Acta No. 55 la fórmula estipulada empezó a reflejar sólo una parte de las alzas de los precios y de la devaluación monetaria, razón por la cual los precios unitarios comenzaron a decrecer mientras que la prestación del contratista se mantuvo igual tal como lo hizo evidente los índices de precios al consumidor publicados por el DANE.

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 2003 (Expediente 10.883).

Sin embargo, no hay probanza alguna que demuestre el incremento anormal de los insumos propios de la obra que fue contratada tales como el asfalto, el recebo, la arena, la gravilla, el cemento, los salarios, la gasolina, el A.C.P.M., la maquinaria y el equipo, etc., y mucho menos existe prueba de que, habida cuenta de las alzas inusitadas de estos factores, la fórmula pactada resultó inane para contrarrestar los efectos de esos anormales incrementos.

En efecto, la experticia que obra en el plenario se limita a comparar el valor de las actas aplicándole la fórmula pactada en contraposición con el valor que resultaría si se le aplicara el IPC certificado por DANE para el respectivo periodo.

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

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

Esta orfandad probatoria sobre estos aspectos esenciales determina la improsperidad de las pretensiones de la demanda y como así lo decidió el Tribunal la sentencia apelada debe confirmarse.

Ahora, la Sala encuentra contrario a la buena fe objetiva el que la parte demandante pretenda apartarse de lo convenido contractualmente para que con fundamento en el IPC, un índice diferente al pactado y que no guarda relación directa con el objeto negocial, se le reajusten los precios por el sólo hecho de

verlo más favorable a sus intereses, sin consideración a los de la otra, toda vez que no fue motivo de su preocupación demostrar que los factores del índice acordado sufrieron incrementos anormales que alteraron gravemente el equilibrio financiero e hicieron inoperante la fórmula prevista, razón por la cual se le condenará en costas de ésta instancia.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** de ésta instancia a la apelante. Tásense.

**TERCERO:** Devolver el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Presidente

**OLGA VALLE DE DE LA HOZ**  
Magistrada

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Magistrado Ponente